

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

La souscription des actions dans les sociétés anonymes en droit français

T H È S E

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

JAMAL AL-SHAFIK

(IRAK)

THÈSE N° 532

LAUSANNE

IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S.A.

1958

**LA SOUSCRIPTION DES ACTIONS
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES
EN DROIT FRANÇAIS**

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

La souscription des actions dans les sociétés anonymes en droit français

T H È S E

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

JAMAL AL-SHAFIK

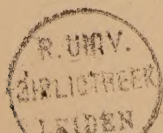
(IRAK)

THÈSE N° 532

LAUSANNE

IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.

1958



La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 15 juillet 1958.

Thèse N° 532.

LE DOYEN :
Jean GRAVEN

*A mes chers parents
Avec ma tendre affection et
en témoignage de toute ma
gratitude*

A mon cher neveu ASSOZ

ABRÉVIATIONS

al.	=	Alinéa.
art.	=	Article.
Ann. dr. com.	=	Annales du droit commercial.
A.T.F.	=	Arrêt du Tribunal Fédéral.
Cass. civ.	=	Arrêt de cassation de la chambre civile de la cour de cassation.
Cass. civ. rej.	=	Arrêt de rejet de la chambre civile de la cour de cassation.
Civ.	=	Chambre civile.
Crim.	=	Chambre criminelle.
D.	=	Dalloz.
D.A.	=	Dalloz analatique.
D.H.	=	Dalloz hebdomadaire.
D.P.	=	Dalloz périodique.
Gaz. pal.	=	Gazette du palais.
J.S.	=	Journal des sociétés civiles et commerciales.
J.T.	=	Journal des Tribunaux (Suisse).
Req.	=	Arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation.
Rev. soc.	=	Revue des sociétés.
Rev. spéc.	=	Revue spéciale de doctrine et de jurisprudence concernant les sociétés.
Rev. trim. dr. com.	=	Revue trimestrielle de droit commercial.
Rev. trim. soc.	=	Revue trimestrielle des sociétés.
R.G.Z.	=	Arrêt de la cour suprême de l'empire allemand en matière civile.
S.	=	Sirey (Recueil général des lois et arrêts).
S. J.	=	Semaine judiciaire (Suisse).
Trib. civ.	=	Tribunal civil.
Trib. com.	=	Tribunal commercial.
T. F.	=	Tribunal fédéral.

INTRODUCTION

Le sujet de cette thèse est consacré à la « souscription des actions dans la société anonyme en droit français » condition inhérente à la constitution de toute société anonyme.

En France, les sociétés par actions sont divisées en deux groupes : les sociétés en commandites par actions et les sociétés anonymes. Ce dernier groupe est de loin le plus important et le plus répandu du fait que la société anonyme par sa forme juridique, permet une répartition et une limitation beaucoup plus grande des risques. Ces deux groupes de société sont prévus dans le code de commerce de 1807.

Jusqu'en 1867, la constitution des sociétés anonymes était subordonnée à l'autorisation préalable du gouvernement, comme l'exigeait l'article 37 de la loi 1807. Ces restrictions ont favorisé un mouvement au profit du retour au droit commun de la liberté des contrats, mouvement soutenu par l'idée que les actionnaires représentent l'épargne. Le 24 juillet 1867, après une poussée extrêmement forte, la France décide de constituer dorénavant des sociétés anonymes sans l'autorisation gouvernementale préalable. Nous pouvons résolument affirmer que la loi du 24 juillet 1867 est vraiment la pierre angulaire et la charte des sociétés anonymes, malgré les nombreuses modifications qu'elle a eues à subir. Cette loi consacrée aux sociétés par actions s'applique cependant, également aux sociétés anonymes, comme l'indique l'article 24 : « Les dispositions des articles 1, 2, 3, 4, de la présente loi sont applicables aux sociétés anonymes. »

Ce premier mouvement en faveur de la société anonyme était encore bien incomplet, de grosses lacunes subsistaient dans la loi de 1867 ; c'est pour cela que le législateur s'est préoccupé de remédier à ces insuffisances. Une série de lois et décrets ont paru à ce titre, par exemple : les lois du 1^{er} août 1893, 9 juillet 1902, 16 novembre 1913 au sujet des modifications de l'article 34 du code de commerce et des articles 27 et 31 de la loi du 24 juillet 1867, loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateurs, loi du 13 novembre 1933 réglementant les droits de vote dans les assemblées d'actionnaires, le décret-loi du 8 août 1935 appliqué

aux gérants et administrateurs des sociétés et à la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société, et créant au profit des actionnaires un droit préférentiel des souscriptions, décret-loi du 30 octobre 1935 relatif aux formalités des publicités des sociétés, et relatif à la protection des obligataires, le décret-loi du 31 août 1937, réglementant les formalités de constitution des sociétés par actions, loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés anonymes, loi du 25 février 1953 relative à diverses dispositions d'ordre financier intéressant l'épargne, et enfin le décret du 30 septembre 1953. Toutes ces dispositions forment la législation des sociétés. Il est regrettable qu'elles n'aient pas été codifiées jusqu'à l'heure actuelle. Une commission « *Commission de réforme du code de commerce et du droit des sociétés* » est constituée à cette fin.

Avant les réformes réalisées par les décrets-lois de 1935 et 1937, le souscripteur était insuffisamment protégé au moment de son engagement; la sincérité du versement des fonds n'était assurée par aucune règle spéciale; et la vérification de la réalité et de la sincérité des souscriptions et des versements était illusoire, le notaire chargé de vérifier la déclaration prescrite par l'article premier de la loi du 24 juillet 1867 ayant un rôle absolument passif ¹. Pour toutes ces raisons de grands scandales financiers pouvaient ainsi se produire. Pour parer aux déficiences de la loi, pour assurer la protection des épargnants et examiner les meilleurs moyens d'assainir la situation financière, les décrets-lois de 1935 et 1937 furent promulgués.

En outre, il s'avéra nécessaire de faire une distinction entre les souscriptions publiques et les souscriptions privées. Cette distinction est apparue pour la première fois en 1907 dans la loi du 30 janvier, qui dans son article 3, spécifie l'insertion d'une notice au bulletin des annonces légales obligatoires (B.A.L.O.) ².

Le principe de la souscription privée est le suivant : elle est réalisée sans aucune publicité financière et dans un cercle fermé. Et la souscription publique est celle qui se réalise à l'aide de la publicité ³.

Nous retrouvons ce principe de distinction entre la souscription privée et la souscription publique, également dans la loi du 30 décembre

¹ Conseil, Maurice : *La souscription et le versement dans les sociétés par actions*, thèse, Paris 1939, p. 1 et 2.

² L'article 3 de la loi du 30 janvier 1907, « l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché d'actions, d'obligations ou de titres de quelque nature qu'ils soient, des sociétés françaises et étrangères en ce qui concerne ceux des titres offerts au public ».

³ Hourtoulle, Jean : *La souscription d'actions*, thèse, Bordeaux 1942, N° 2.

1928, interdisant à tout député ou sénateur d'occuper un poste d'administrateur ou de commissaire aux comptes « dans une société par actions ayant exclusivement un objet financier et faisant appel publiquement à l'épargne et au crédit », et dans les décrets-lois du 8 août 1935 ¹ et du 31 août 1937 ².

Signalons pour conclure cette introduction que c'est non seulement dans le cas d'une constitution des sociétés que la souscription joue un rôle, mais également lors d'une augmentation du capital social. Dans la suite de notre exposé nous faisons mention de ce second rôle chaque fois qu'il y a lieu.

Le développement de notre étude se fait dans l'ordre suivant :

Dans le premier chapitre nous traitons de la « Période préparatoire à toute souscription » matière que nous divisons en deux sections. La première section concerne les statuts.

- a) Rédaction et dépôt du projet des statuts.
- b) Forme des statuts.
- c) But de cette formalité.
- d) Conséquences de la rédaction des statuts.

La deuxième section concerne « la notion de fondateur ».

- a) Qui peut être fondateur ?
- b) Qu'est-ce, qu'au juste, qu'un fondateur ?
- c) Son rôle dans la souscription.

La souscription du capital social fait l'objet du second chapitre que nous divisons également en deux sections : la première est consacrée « aux principes de la souscription intégrale du capital social » ; nous y étudions les conditions de forme qui portent sur les points suivants :

- a) Les bulletins de souscription.
- b) La forme du dit bulletin.
- c) Les mentions que doit contenir le bulletin de souscription.
- d) Sanctions de l'inobservation des prescriptions relatives au dit bulletin.

et les conditions de fond, c'est-à-dire :

- a) Nombre minimum de 7 associés.
- b) Le capital social doit être intégralement souscrit.

¹ « Dans les sociétés par actions faisant appel à l'épargne publique, l'un des commissaires au moins doit être choisi sur une liste établie par une commission siégeant au chef-lieu de la cour d'appel du ressort de laquelle se trouve le siège social. »

² « Dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique, l'un au moins des commissaires aux apports doit être obligatoirement choisi parmi les experts inscrits sur l'une des listes établies par les tribunaux du ressort de la cour d'appel du siège social. »

c) Les souscriptions doivent être sérieuses et non fictives.

d) Les souscriptions doivent être fermes et irrévocables.

Dans la deuxième section nous parlons « de la capacité du souscripteur et de son consentement ».

Le troisième chapitre concerne « les placements des titres qui font l'objet de deux sections.

La première section concerne « les différentes modalités de placement » et la seconde section traite « le rôle des banques dans la souscription ».

Dans le quatrième chapitre, il s'agit « de la nature juridique et du caractère commercial de la souscription ».

« Le résultat et la preuve de la souscription » font l'objet du cinquième chapitre. Nous traitons de la « déclaration notariat de souscription et de versement » dans le sixième chapitre qui est divisé en trois sections.

La première concerne « la déclaration notariat », la seconde traite « le rôle du notaire », et la troisième « la responsabilité du notaire ».

Ensuite nous étudions « la publicité légale » dans le septième chapitre qui est divisé en deux sections.

La première est consacrée « aux différentes formes de publicité », la seconde concerne « le défaut de publication ou publication incomplète ».

Enfin « la sanction des règles de constitutions » et spécialement « les règles concernant la souscription » est étudiée dans le huitième chapitre qui est divisé en trois sections.

La première section concerne « la nullité résultant de la violation des prescriptions concernant la souscription ».

La deuxième section traite la « responsabilité civile », et la troisième section concerne « la responsabilité pénale ».

Chapitre premier

LA PÉRIODE PRÉPARATOIRE À TOUTE SOUSCRIPTION

Première section

LES STATUTS

A. Rédaction et dépôt du projet des statuts.

Les statuts constituent la charte organique de la société, le fondement de la structure juridique qu'ils impliquent ¹. Ce sont eux qui vont déterminer les rapports juridiques entre les associés et régler le fonctionnement de l'être moral qu'est la société ².

La rédaction de ces statuts est la formalité la plus importante à effectuer pour concrétiser en quelque sorte la constitution de la société. Il n'est que plus surprenant de constater que, jusqu'en 1937, le législateur a officiellement ignoré les statuts : aucune disposition de la loi de 1867 ne fait allusion à la rédaction des statuts. La loi ne fixe aucune forme pour celle-ci. Les statuts pourront être établis en la forme authentique ou sous seing privé.

Lorsqu'il s'agit d'une fondation simultanée, les statuts ne diffèrent pas sensiblement de la convention synallagmatique donnant naissance à une société de personnes ou à une société à responsabilité limitée. Toute autre est la situation lorsque la constitution de la société revêt l'aspect d'une fondation successive ³.

Selon l'article 1834 du Code Civil français :

« Toutes constitutions de sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cinq mille francs ». L'article 39

¹ Thaler & Pic : *Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales*, t. 2, n° 858.

² J. Escarra, E. Escarra et J. Rault : *Traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales*, t. 2, n° 548.

³ J. et E. Escarra et J. Rault, *ibidem*, n° 548.

du Code de commerce comporte une disposition semblable. La rédaction des statuts d'une société anonyme est précisément prévue à l'article premier de la loi de 1867 modifiée par le décret-loi de 1937.

En ce qui concerne le dépôt du projet des statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social — innovation du décret-loi du 31 août 1937 modifiant et complétant la loi de 1867, répondant au besoin de protection de l'épargne, — nous lisons dans l'alinéa 3 de l'article premier, la disposition suivante : « Avant toute souscription de capital, un projet des statuts, sur papier libre, certifié par le fondateur, est déposé au greffe du Tribunal de commerce du siège social, et doit être communiqué à tout requérant. » Cette formalité doit être effectuée dans tous les cas, avant l'ouverture de la souscription. Sans que cela soit spécifié par le texte, dans l'hypothèse de la souscription privée elle sera la seule à être exigée; dans celle de la souscription publique, elle précédera l'insertion de la notice prévue par la loi du 30 janvier 1907 au Bulletin des Annonces légales Obligatoires, « B.A.L.O. »¹.

Quant au terme du « projet » qui figure dans le texte (... « un projet des statuts sur papier libre... »), faut-il entendre par là un projet qui n'a pas un caractère définitif et que les fondateurs peuvent par conséquent modifier à leur façon, avant que la société soit définitivement constituée, comme ils le faisaient avant la promulgation du décret du 31 août 1931 ? Ou bien le projet a-t-il un caractère définitif ? La deuxième solution a été soutenue par les commentateurs du dit décret : aucune modification ne peut être apportée au projet. Bien que le texte ne le spécifie pas, on doit admettre que, servant de base aux souscriptions, il demeure intangible (sauf peut-être s'il s'agit d'erreurs matérielles portant sur des points accessoires) au cours de la période constitutive².

Mais en ce qui concerne les statuts eux-mêmes, le décret du 31 août 1937 donne-t-il des pouvoirs nouveaux à l'une des deux assemblées constitutives, pour modifier les statuts en délibérant conformément aux dispositions de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 ? Ou bien n'y a-t-il aucun changement à ce sujet ? Nous verrons que la situation est restée telle que dans le passé³.

Le projet doit être déposé au greffe du Tribunal de commerce du siège social à qui incombe la tâche de l'enregistrer. Le rôle du greffe est passif et se borne à enregistrer le projet sans qu'il puisse en contrôler

¹ Hourtoulle, n° 9, p. 6; voir également Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 555.

² Bosvieux : *Les nouvelles règles relatives à la constitution et à l'augmentation du capital des sociétés par actions*, J.S., 1938, p. 8-9.

³ Bosvieux, J.S., 1938, p. 9; et Hourtoulle, *op. cit.*, n° 9, p. 6; ainsi que Conseil, p. 63.

le contenu. Tout au plus peut-il vérifier si le projet est bien certifié par le ou les fondateurs. Il eut mieux valu que le décret prescrive le dépôt chez le notaire qui aurait pu examiner le projet et donner son avis. Le greffier doit communiquer le projet à tout requérant, ce qui donne droit à tout intéressé de se documenter sur la future société sans avoir recours aux fondateurs à la merci desquels se trouvaient les souscripteurs avant ledit décret, surtout en cas de fondation simultanée ¹.

Le huitième alinéa de l'article premier de la loi de 1867 nous dit : « en cas de non-constitution de la société dans un délai de six mois du jour du dépôt du projet de statuts au greffe, tout souscripteur pourra demander... ». C'est donc la date du dépôt du projet de statuts au greffe qui marque le début du délai de six mois après lequel, au cas où la société n'est pas encore constituée, tout souscripteur peut demander la nomination d'un administrateur chargé de restituer les fonds aux souscripteurs, ce qui constitue un avantage très utile du décret de 1937.

Le décret a un autre avantage : les souscripteurs ne vont pas s'engager dans l'ignorance, mais en pleine connaissance de cause ² et les fondateurs ne peuvent pas altérer les statuts primitifs pendant la période constitutive ³.

L'inobservation des dispositions de l'article premier de la loi de 1867 constitue une violation et entraîne par conséquent la nullité de la société conçue par les articles 7 et 41 de la même loi. Nous l'étudierons dans le dernier chapitre de notre thèse.

Enfin, si nous comparons la législation française à ce sujet avec les législations étrangères, nous remarquons que ces dernières exigent le dépôt du projet des statuts avant l'ouverture des souscriptions, comme par exemple, la loi allemande du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions (paragraphe 8-16); la loi suisse du 18 décembre 1936, articles 629, al. 2.

En cas d'augmentation du capital social, est-il nécessaire de déposer un projet de statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social, comme c'est le cas lors de la constitution de la société ? L'augmentation du capital social est assimilée à la constitution de la société : donc s'il est nécessaire de faire de nouveau appel à l'épargne et à de nouveaux souscripteurs, il faut se conformer aux prescriptions applicables à la fondation de la société ⁴.

¹ Solus : *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, n° 13; et également Hourtoulle, *op. cit.*, n° 10, p. 7.

² Escarra et Rault, t. 2, *op. cit.*, n° 555.

³ Hamel et Lagarde, *op. cit.*, t. 1, n° 585.

⁴ Ripert, G. : *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édition 1951, n° 1382.

L'article premier de la loi de 1867, dixième alinéa, signale explicitement l'augmentation du capital social en prescrivant au gérant d'indiquer dans la déclaration notariée de souscription et de versement, la part de la souscription réalisée en numéraire et la part réalisée par voie de transformation des créances en actions ¹. Ainsi en cas d'augmentation du capital social, c'est le conseil d'administration qui joue le rôle de fondateur ².

Les auteurs ne sont pas unanimes sur la question de savoir si c'est le projet des statuts modifiés qui doit être déposé au greffe du Tribunal de commerce. Certains, dont Solus, optent pour cette première solution ³. D'autres, dont Bosvieux, Dalsace, Hourtoulle, optent pour la copie sur papier libre de la décision de l'assemblée générale. Si l'augmentation du capital a été autorisée par une clause statutaire, la pièce à déposer est une copie du procès-verbal de la délibération du conseil d'administration ⁴.

B. *Forme des statuts.*

La forme écrite est obligatoire pour tout acte de société commerciale; elle présente, dans les sociétés par actions, le caractère d'une formalité substantielle. La constitution d'une société anonyme se fait par écrit : soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé; les fondateurs ont le droit de choisir entre l'un ou l'autre de ces actes; leur volonté à cet égard est absolument libre.

Sous l'empire du code de commerce, les sociétés anonymes ne pouvaient se constituer que par acte authentique, comme le disait l'article 40 qui était ainsi conçu : « Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics. » Mais la loi de 1867 a abrogé cet article; l'article premier qui concerne les sociétés en commandite par actions est applicable aux sociétés anonymes, selon l'article 24 de la dite loi.

L'innovation de la loi de 1867, consistant à permettre la constitution d'une société anonyme par un acte sous seing privé, est critiquable selon Lyon-Caen et Renault ⁵, aux yeux desquels l'importance des dites sociétés est assez grande pour justifier l'exigence d'un acte notarié. Or si nous examinons les dispositions de cette loi, nous voyons que l'acte sous

¹ Bosvieux, J.S. 1938, p. 29-30.

² Copper Royer : *Traité des sociétés anonymes*, n° 30.

³ Solus, *op. cit.* n° 15.

⁴ Dalsace : *Manuel des sociétés anonymes*, 1955, n° 194, voir également Bosvieux, J.S., 1938, *op. cit.*, p. 10, Hourtoulle, *op. cit.*, n° 14, Conseil, *op. cit.*, p. 55.

⁵ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 681.

seing privé doit être déposé chez un notaire dont l'intervention est légalement obligatoire pour dresser la déclaration notariée de souscription et de versement. Mais dans la pratique, les statuts des sociétés par actions sont bien souvent constatés par acte authentique.

Les législations étrangères sont, dans la majorité des cas, plus exigeantes que la loi française : elles disposent que les statuts doivent être rédigés sous la forme d'un acte authentique. C'est le cas pour la loi allemande sur les sociétés par actions de 1937, paragraphe 16, la loi espagnole du 17 juillet 1951, articles 6 et 84 ¹. Mais le Code fédéral suisse des obligations donne comme la loi française, le choix entre un acte authentique et un acte sous seing-privé, dans la fondation successive (article 632), et s'il s'agit d'une fondation simultanée, l'acte doit être fait en la forme authentique (article 638).

Les deux formes de statuts :

- a) les statuts sous seing privé;
- b) les statuts authentiques.

Les statuts sous seing privé :

La règle générale est que les actes de sociétés sous seing privé doivent être rédigés, comme tous les actes synallagmatiques, en autant d'exemplaires qu'il y a de parties intéressées, ce qui est exigé par l'article 39 du Code de commerce et l'article 1325 du Code civil. Mais en matière de sociétés par actions, nous remarquons que la loi du 24 juillet 1867 a apporté une dérogation à cette règle en prescrivant, dans l'alinéa 5 de son article premier, que « l'acte sous seing privé, quel que soit le nombre des associés, sera fait en double original, dont l'un sera annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement, et l'autre restera déposé au siège social ».

Cette simplification de forme peut s'expliquer pour deux raisons : l'une est que le nombre des associés qui se rencontrent dans les sociétés anonymes, rend l'observation de cette formalité bien difficile; l'autre, que de grandes facilités sont offertes à tout intéressé et même à un tiers étranger à la société de se procurer, soit au greffe du Tribunal de commerce, soit chez le notaire, soit enfin même au siège social, le texte des statuts ².

En cas de constitution de sociétés par apports en numéraire, l'un des

¹ Les sociétés anonymes en Espagne sont actuellement régies par la loi du 17 juillet 1951.

Robert Plaisant : *Revue trimestrielle de droit commercial*, avril-juin 1954, p. 289 et suivantes.

² Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, *op. cit.*, n° 681 bis; Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 864.

doubles de l'acte de société doit être annexé à la minute de l'acte notarié portant déclaration de la souscription et du versement de ce capital, en vertu des articles premier et 24 de la loi de 1867.

Mais qu'en est-il lorsque la société est constituée uniquement au moyen d'apports en nature ? Dans ce cas, la rédaction des statuts doit-elle être faite en double exemplaire ? La cour de cassation a jugé qu'en pareil cas, la rédaction des statuts en double et le dépôt d'un double chez le notaire sont inutiles ¹. Cet avis est partagé par la majorité des auteurs et également par nous-même ². Il est évident que la loi n'ordonne d'annexer l'un des exemplaires des statuts qu'à l'appui de la déclaration notariée de souscriptions et de versement. Ces deux formalités sont liées, et lorsqu'il n'est pas nécessaire d'observer la première, la seconde ne s'impose pas ³. Mais cette solution est critiquée par la plupart des auteurs ⁴.

Statuts authentiques :

L'article 1317 du Code civil définit l'acte authentique comme suit : « l'acte authentique est l'acte qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ⁵.

Les fondateurs de la société, comme nous le savons, ont le droit absolu de choisir soit l'acte sous seing privé, soit l'acte authentique. Dans ce dernier cas, l'acte doit être dressé en minute et porté au répertoire ⁶.

En ce qui concerne l'acte authentique, il nous faut nous référer à la loi du 25 Ventôse an XI qui est la charte organique du notariat, et dont l'article 8 dispose que : « les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur ».

Selon l'article 8 de la loi du 25 Ventôse an XI, le notaire ne peut recevoir les statuts d'une société si un des fondateurs ou des

¹ Cass, 26 avril 1880, J.S. 1890, p. 236.

² Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 625 ; Rodolphe Rousseau : *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères*, n° 1594 ; Escarra et Rault, n° 558.

³ Les mêmes auteurs, *loc cit.*, et surtout Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 558.

⁴ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 724 ; Thaller et Pic, t. 2, n° 835, Labbé, note sous S. 81.1.57.

⁵ Voyez à ce propos Aubry et Rau, *cours de droit civil*, n° 755, également Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 625.

⁶ Thaller & Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 863 ; Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 559.

souscripteurs est un de ses parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement. Cette interdiction s'étend au cas de la déclaration de souscription et de versement ¹. Enfin, il est interdit à un notaire de souscrire, soit en son propre nom, soit en prête-nom, des actions d'une société à laquelle il donne son concours, soit comme rédacteur, soit comme dépositaire des statuts ². Les auteurs estiment que cette prohibition est attachée strictement à la constitution de la société, ce qui veut dire qu'après la constitution de la société, le notaire a le droit de souscrire les actions et néanmoins de recevoir les actes de la société ³, et, en ce sens, il a même été jugé qu'une faible souscription émanant du notaire rédacteur des statuts ne suffirait pas à entacher l'acte de société ⁴.

L'application de l'article 8 de la loi du 25 Ventôse an XI reprend effet en cas d'augmentation du capital auquel le notaire est intéressé ⁵.

La violation de cette disposition légale est sanctionnée par la nullité de la société ⁶, nullité qui est d'ordre public ⁷, et qui peut être demandée par n'importe quel intéressé. Le notaire responsable peut être entrepris pour le préjudice causé par l'annulation de la société ⁸.

A part ce motif de nullité, le notaire peut également être responsable des nullités pour vice de forme ou de fond qui entachent l'acte de société ⁹. Il échappe à toute responsabilité lorsque, suivant la formule de la Cour de cassation, l'erreur de droit commise a trait ¹⁰ « à l'une de ces questions controversées et litigieuses sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine présentent de graves incertitudes » ¹¹.

¹ Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 863; Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2.

² Mêmes auteurs, *loc. cit.*; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 628.

³ Les auteurs cités au n° 2; Bosvieux: *De la capacité des notaires d'instrumenter aux actes intéressant les sociétés dont ils font partie*, J.S. 1910, p. 373.

⁴ Douai, 3 février 1876, S. 1876.2.29, note originale n° 2; Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 863.

⁵ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 559.

⁶ Escarra et Rault, *loc. cit.*; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 628; Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 863.

⁷ Les mêmes auteurs, *ibidem*.

⁸ Escarra et Rault, *ibidem*.

⁹ Escarra et Rault, *ibidem*. Thaller et Pic, *ibidem*.

¹⁰ Escarra et Rault, *ibidem*.

¹¹ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 559; Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 863; Bosvieux: *Nullité d'une société anonyme, erreur de droit, responsabilité des fondateurs*, J.S. 1910, p. 49 et suivantes.

C. *Le but de cette formalité.*

Nous avons parlé, dans l'introduction, des motifs qui ont poussé le législateur à présenter son œuvre législative, nécessaire au redressement économique.

Le décret-loi du 31 août 1937 qui a modifié en particulier l'article premier de la loi de 1867, relatif à la rédaction des statuts avant toute souscription, s'inspirait donc de la protection de l'épargne contre les entreprises malhonnêtes et les agissements de financiers peu scrupuleux ¹.

L'analyse de la loi du 30 janvier 1907 nous montre qu'elle était insuffisante et incomplète sur bien des points ².

1. Elle parle de la souscription publique mais ne touche pas à la souscription privée qui reste soumise à la loi de 1867 jusqu'aux réformes réalisées par les décrets-lois de 1935 et 1937 qui la modifient.

2. En cas de fondation simultanée, ce n'est qu'au moment où le syndicataire revendrait les titres dans le public que la loi intervient.

3. L'insertion au B.A.L.O. de la notice prévue par la loi n'avait guère d'effet pratique, vu que le public ne consultait guère le journal officiel pour en prendre connaissance.

La disposition du décret-loi du 31 août 1937 qui prévoit, avant toute souscription du capital, le dépôt du projet des statuts au greffe du Tribunal du commerce, a bien amélioré la situation.

D. *Conséquences de la rédaction des statuts.*

La rédaction des statuts permet aux souscripteurs d'être informés autrement que par les réclames trompeuses de financiers véreux et par les allégations mensongères de certains fondateurs ³. En général, cette rédaction leur permettra de connaître tout ce qui touche à l'être moral en formation. Cette charte est destinée à régir les relations futures de la société, tant avec ses membres qu'avec les tiers et paraît bien devoir être considérée comme le point initial de cette procédure de constitution ⁴.

¹ Conseil, *op. cit.*, p. 49, voir également Solus, *op. cit.*, n° 5, et Hourtoulle, *op. cit.*, n° 19.

² Conseil, *op. cit.*, p. 49; Solus, *op. cit.*, n° 5; Hourtoulle, n° 19; Lucien-Lievre : *La protection des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Thèse, Paris 1939, p. 19-21.

³ Conseil, *op. cit.*, p. 62.

⁴ Lescot : *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, Thèse, Dijon 1913, p. 68.

Section II

LA NOTION DE FONDATEUR

Des devoirs particuliers et une lourde responsabilité étant attachés à la qualité de fondateur, il est très important de déterminer ceux qui ont cette qualité ¹.

Il importe, pour la protection de l'épargne publique, que soit déterminé le sens précis du terme de fondateur, puisque les fautes commises au cours de la période constitutive sont habituellement le fait des fondateurs ou accomplies avec leur complicité ².

Nous ne trouvons dans le Code de commerce aucune définition légale de la notion de fondateur, quoique la loi les mentionne à plusieurs reprises : ainsi, au troisième alinéa de l'article premier de la loi de 1867 (modifié par le décret-loi de 1937) qui impose au fondateur de certifier le projet des statuts déposé au greffe du Tribunal de commerce du siège social.

Selon l'article 24 de cette loi, c'est aux fondateurs qu'il incombe de faire la déclaration notariée de souscription et de versement.

L'article 42 de la loi de 1867 dispose la responsabilité, imputable aux fondateurs, de la nullité de la société.

C'est aux fondateurs qu'il appartient de publier au B.A.L.O. la notice instituée par la loi du 30 janvier 1907 (article 3), en cas de constitution de la société par appel au public.

Enfin, l'article 25 dit que la convocation d'une assemblée générale pour nommer les administrateurs et les commissaires visés par l'article 32 de la même loi, est faite à la diligence des « fondateurs ».

A. *Examinons maintenant qui peut être fondateur de société.*

Tous ceux qui jouissent de la plénitude de leurs droits civils sont en droit de fonder une société anonyme ³. La fondation d'une société anonyme est donc reconnue par la jurisprudence et la doctrine dominante : elle constitue un acte de commerce qui rend son auteur assujetti à la compétence des tribunaux de commerce et entraîne une responsabilité

¹ Percerou, J. : *Les fondateurs de sociétés anonymes*, Thèse, Dijon 1896, p. 10.

² Conseil, *op. cit.*, p. 23.

³ Copper Royer, *op. cit.*, t. 1, n° 29.

fort lourde au point de vue pécuniaire. Il faut donc que celui qui veut fonder une société anonyme ait la capacité nécessaire pour faire des actes de commerce.

La femme mariée peut être la fondatrice d'une société anonyme, à condition qu'elle ait à sa disposition les fonds nécessaires ¹.

Une femme non mariée peut également être fondatrice d'une telle société, pourvu qu'elle soit majeure ².

Il en est de même pour une société commerciale jouissant de la personnalité civile. Une société anonyme précédemment constituée peut donc être la fondatrice d'une autre société anonyme et agira par l'un de ses organes ³.

B. Qu'est-ce au juste qu'un fondateur ?

Nous avons déjà dit que la loi a négligé de nous donner la définition au sens propre du terme de fondateur bien qu'elle détermine sa responsabilité et qu'elle lui impose des obligations positives ou négatives sévèrement sanctionnées. Ce fut donc aux tribunaux, souvent appelés à prononcer contre les fondateurs les sanctions légales, de désigner dans chaque cas particulier les caractères qui conféreront aux personnes la qualité de fondateur ⁴.

Les pouvoirs des juges du fond sont souverains ⁵.

Le critère auquel le juge doit, dans chaque cas, se référer, pour reconnaître ou refuser cette qualité à une personne est la question la plus controversée ⁶.

Holtz se demande quelles sont les circonstances de fait qui confèrent cette qualité de fondateur, alors que les travaux préparatoires mentionnent la souscription d'actions comme élément essentiel du caractère de fondateur, tandis que la jurisprudence n'a pas admis ce principe ⁷.

On peut lire dans l'arrêt de la Cour de Poitiers du 26 juin 1893 mentionné par Holtz : « ... mais attendu que la qualité de fondateur d'une société peut parfaitement résulter d'autres actes que de la souscrip-

¹ Hamel et Lagarde, *op. cit.*, t. 1, n° 593; Copper Royer, *op. cit.*, t. 1, n° 29.

² Copper Royer, *ibidem*.

³ Copper Royer, *ibidem*.

⁴ Lescot, *op. cit.*, p. 110; Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 515; Cass. 19 juillet 1893, D. 94. 7. 158; Holtz : *Les fondateurs d'une société anonyme d'après la loi et la jurisprudence*, Gazette des sociétés 1912, p. 155.

⁵ Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 825; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 793; Conseil, *op. cit.*, p. 26; Cass. 19 juillet 1893, D. 94.11.158.

⁶ Mêmes auteurs et le même arrêt de la Cour de cassation.

⁷ Holtz, Gazette des sociétés 1912, p. 156.

tion d'actions, au moment où cette société se forme; qu'il est aujourd'hui de doctrine incontestée qu'on est en droit de considérer comme tel, encore qu'il eût pris la précaution de ne pas figurer en nom sur les publications légales, celui qui a participé activement à la création de la société, qui a concouru à en dresser les détails, qui a sollicité ou obtenu des adhésions ou des souscriptions, qui, en un mot, a réalisé l'organisme du corps social, et sa mise en activité... » ¹.

Selon Holtz, si la souscription d'actions n'est pas nécessaire, elle n'est pas suffisante non plus, et il cite l'arrêt de la Cour de Toulouse du 22 juillet 1891 confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence : on peut souscrire des actions, participer aux assemblées constitutives, sans être pour cela fondateur ².

Et si la souscription d'actions n'est ni nécessaire ni suffisante, l'auteur se demande quel est le critère qui nous fera reconnaître un fondateur ? On trouve la réponse dans l'exposé des motifs de la loi de 1867, ou plus exactement, on y trouve le fondement juridique de la responsabilité édictée par cette loi ³.

Enfin, Holtz estime qu'il faut, pour désigner le fondateur, prendre pour critère la nature du rôle joué dans la fondation par telle ou telle personne ⁴ :

1. « Ceux qui jouent dans la fondation un *rôle actif*, qui appellent directement ou indirectement des tiers à intervenir à leur tour, sont proprement les fondateurs. »

2. « Ceux qui ne jouent dans la fondation de la société qu'un *rôle passif*, qui sont appelés et dont les fondateurs viennent solliciter le concours, — soit pour leur demander des fonds personnels, soit même pour leur demander des conseils ou des travaux techniques ou juridiques, — et qui, eux, n'ont eu à solliciter le concours de personne, ni directement ni indirectement, ne sont, par contre, pas des fondateurs. » ⁵

Est-il possible de conférer la qualité de fondateur à celui qui n'a fait que souscrire des actions ? Sur ce point, la doctrine est fort controversée. Certains auteurs invoquent les motifs de la loi du 23 mai 1863 (loi qui modifie le titre VI, livre I du Code du commerce) et, puisque la qualité de fondateur dépend du fait d'être associé dans la société elle-même, le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second ⁶.

¹ Holtz, Gazette des sociétés 1912, p. 156.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Holtz, p. 156, colonne 2.

⁶ De cet avis sont : Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 793. « On doit

Pour les autres auteurs, la qualité d'associé, n'est au contraire qu'un vœu de la loi ¹. Nous partageons cette seconde opinion, car la première présente de graves inconvénients : d'une part, elle encourage la fraude, et d'autre part, le fait de souscrire quelques actions n'assure aucunement la bonne marche de la société ². Mais il est de doctrine presque unanime, — et il est jugé —, que le banquier émetteur qui n'a souscrit aucune action est considéré comme le principal fondateur ³.

La controverse existe aussi pour la question de savoir si on peut considérer ceux qui font la déclaration notariée de souscription et de versement, comme les fondateurs de la société. Pour certains auteurs ⁴, dont Hamel, le fait de faire la déclaration notariée n'est pas une caractéristique qui confère la qualité de fondateur, et quelquefois, la déclaration notariée est faite par des hommes de paille.

Mais, pour les autres auteurs ⁵, cette qualité est prise dans la déclaration notariée de souscription et de versement.

considérer comme étant fondateurs dans le sens légal, les personnes qui, ayant eu l'idée de la fondation de la société, l'ont propagée, ont contribué à la rédaction des statuts, ont cherché à obtenir des adhésions *et sont devenues elles-mêmes actionnaires*. » Percerou, qui est du même avis, dans sa thèse de Dijon, 1896, intitulée « Des fondateurs des sociétés anonymes », commente le rapport de Langlois sur l'exposé des motifs de l'article 7 de la loi de 1856 (loi qui concerne les sociétés en commandite par actions), en ces termes : « La seule idée précise qui se dégage de ce rapport, c'est que pour être fondateur, il faut nécessairement être associé... ». Aussi n'admettrons-nous pas l'opinion des auteurs qui laissent aux tribunaux un pouvoir absolu d'appréciation et leur permettent *d'attribuer cette qualité à une personne qui n'a reçu aucune part sociale*. Dans le même sens, Lacour et Boutron, *Précis de droit commercial*, Paris 1925, 3^e édition, Supplément par L. Julliot de la Morandière, 1933, n° 506, écrivent : « On doit en général réputer fondateur, non tous ceux qui ont coopéré à la constitution de la société, *mais ceux des associés qui ont pris l'initiative de cette constitution...* »

¹ Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 516; Conseil, *op. cit.*, p. 24; Lescot, *op. cit.*, p. 110; Copper Royer, *op. cit.*, t. 1, n° 29; Constantin et Gautraut, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, 1937, n° 253; Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 515; Wahl, note sous S. 1914.2.130, colonne 3; Moreau, « *La société anonyme* », *traité pratique*, 2^e édition, Paris 1955, n° 352.

a — Copper Royer écrit : « Très généralement, le fondateur sera lui-même actionnaire de la société, mais il faut reconnaître qu'il n'y a là aucune obligation légale, et qu'une société dont le fondateur serait un tiers qui lui demeurerait finalement étranger, n'encourrait de ce fait aucune nullité », t. 1, p. 217, n° 29.

b — Constantin et Gautraut affirment également : « N'est pas nécessairement fondateur tout individu qui a participé à la création de la société... », n° 253.

c — Wahl, dans sa note sous S. 1914.2.130, commente l'arrêt du 18 avril 1912 de la Cour de Paris comme suit : « Or, il faut remarquer que les articles 4 et 24 de la loi de 1867 ne s'appliquent pas aux fondateurs, quand ils ne sont pas associés, la loi ne parlant que des associés. On sait, en effet, que pour être fondateur, il n'est pas nécessaire d'avoir été souscripteur. »

² Conseil, *op. cit.*, p. 24; Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 515.

³ Escarra et Rault, *ibidem*. Conseil, p. 25, Cass. 11 juin 1888, *rev. soc.* 1888, p. 460.

⁴ Hamel, *Cours de droit commercial*, Paris 1955, p. 465; et également Holtz, p. 99 et p. 155.

⁵ Lacour et Boutron, *op. cit.*, n° 506; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 516.

L'article premier, troisième alinéa de la loi de 1867, modifié par le décret-loi du 31 août 1937, exige le dépôt au greffe d'un projet des statuts certifié par le fondateur et Ripert ¹ estime qu'il y a donc une prise officielle de qualité : le fondateur est tenu de se désigner lui-même.

Le fait d'avoir accompli certains actes constitutifs attache à leurs titulaires *ipso facto*, la qualité de fondateur ².

En somme, pour les auteurs, le critère qui permet de qualifier le fondateur se trouve dans le rôle joué par une personne dans la constitution de la société.

La responsabilité du fait de la constitution irrégulière de la société incombe normalement à tous ceux qui ont joué un rôle dans sa fondation, c'est-à-dire les fondateurs de droit et de fait ³. Selon la jurisprudence ⁴, la responsabilité des fondateurs est encourue non seulement lorsqu'ils ont contribué d'une manière assez active à la fondation de la société, mais encore lorsqu'ils ont apporté leur coopération « assez directe, étroite et constante » aux véritables fondateurs de la société. De plus, cette part active et cette coopération doivent être telles qu'elles impliquent de la part de ces fondateurs qu'ils ont accepté volontairement les responsabilités qui découlent de la constitution de la société. La jurisprudence exclut donc les conseillers juridiques qui jouent un rôle propre à leur profession. Mais elle admet, par contre, comme fondateurs responsables des personnes qui ne sont pas actionnaires : celles qui ont trouvé des souscripteurs qu'ils ont influencés, dans la constitution de la société. Cette formule est conforme aux dispositions qui régissent la responsabilité civile et qui font encourir cette responsabilité à toutes les personnes coupables d'une faute dommageable.

Mais lorsqu'il s'agit de la validité ou de la nullité d'un document qui doit être signé obligatoirement par les fondateurs, la notion de fondateur doit être interprétée restrictivement ⁵. Dans la déclaration notariée de souscription et de versement qui, sous peine de nullité, doit être signée par les fondateurs de la société anonyme (art. 24 de la loi du 24 juillet 1867) ⁶, est fondateur celui qui a signé les statuts soit en qualité d'apporteur en nature, soit en qualité de simple fondateur. A ce propos, c'est-à-dire à propos de la déclaration notariée de souscription et de versement, Hamel et Lagarde ⁷ considèrent que l'article 24 ne pouvait

¹ Ripert, n° 930.

² Copper Royer, *op. cit.*, t. 1, n° 30.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 576.

⁴ D. 1931.1.97, note Hamel, S. 1931.1.305, note Lagarde.

⁵ Hamel et Lagarde, *op. cit.*, t. 1, n° 576.

⁶ Civ. 30 octobre 1928. D. 1930, 1.9. note Chéron. S. 1929.1.129 note Lagarde.

⁷ Même arrêt.

englober dans la notion de fondateur toutes les personnes qui ont engagé de près ou de loin leur responsabilité dans la constitution de la société. La jurisprudence qui tend à interpréter largement l'expression « fondateur » pour la mise en œuvre des responsabilités encourues lors de la fondation de la société n'impose la formalité de la déclaration qu'aux personnes ayant pris officiellement la qualité de fondateur en signant les statuts (ou plus exactement le projet de statuts) ¹.

Hamel et Lagarde donnent deux sens à la notion de fondateur : un sens étroit et un sens large.

Le sens étroit s'applique à la déclaration notariée de souscription et de versement comme nous venons de le voir plus haut ².

Le sens large ³ s'applique dans le cas de la responsabilité des fondateurs en raison de l'annulation de la société. Ce sens est exprimé dans la formule de la Chambre civile de la Cour de cassation ⁴ qui définit la notion de fondateur comme suit : « Sont fondateurs tous ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société... à la condition que la nature de ce concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise, sous sa forme sociale ou qu'ils aient prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société une coopération assez directe, assez étroite et assez constante pour qu'elle implique d'elle-même une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social. »

Cette définition a l'avantage ⁵ de viser, d'une part le fondateur officiel, c'est-à-dire celui qui a signé le projet des statuts ou la déclaration notariée, d'autre part le fondateur dont le nom ne paraît pas, mais qui a pris une part active à la constitution de la société. Cette définition ne vise pourtant pas celui qui a simplement prêté de l'argent mais qui n'a pas joué de rôle important dans la fondation de la société.

L'attitude de la jurisprudence :

La jurisprudence a sensiblement élargi la notion de fondateur, reconnaissant cette qualité à des personnes qui ne figuraient en nom ni dans la déclaration notariée, ni dans l'avis de la convocation publié pour la réunion des assemblées constitutives ⁶.

¹ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 602.

² Hamel et Lagarde, t. 1, n° 602.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631.

⁴ Civ. 1^{er} juillet 1930. D. p. 1931.1.197, note Hamel, S. 1931.1.305, note Lagarde.

⁵ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631.

⁶ Copper Royer, t. 1, n° 30; Grenoble, 15 juin 1886, J.S., 1887, p. 299, est fondateur « celui qui a combiné, organisé et dirigé la fondation de la société alors même qu'il a eu soin de ne pas figurer en nom dans les publications légales... »

Selon Percerou, les juges doivent exiger la réalisation de trois conditions pour qu'il y ait réellement un fondateur : une condition objective, c'est-à-dire que l'actionnaire ait participé à un acte de fondation; une condition subjective, la volonté de l'actionnaire de participer d'une façon active à la fondation de la société. Une troisième condition découle de la loi : il prend officiellement la qualité de fondateur si celui-ci a engagé sa responsabilité vis-à-vis des actionnaires et des créanciers sociaux ¹.

Percerou s'empresse d'ajouter que ces conditions théoriques seront précisées lors de l'examen de la jurisprudence ².

Il constate en outre que les principes posés par l'arrêt du 24 juin 1861 de la Cour de cassation, demeureront à la base de toutes les décisions rendues jusqu'en 1886 ³. Mais la Cour de cassation allait, par son arrêt du 10 janvier 1887 qui est d'ailleurs réfuté par Percerou ⁴, donner à la notion de fondateur une extension qui a rencontré, dans la doctrine, une vive opposition.

Dans son arrêt du 24 juin 1861, la Cour de cassation fixe dans les termes suivants les éléments caractéristiques de la qualité de fondateur : « Est fondateur l'associé qui crée l'entreprise, choisit la forme d'association qui convient à son industrie, fixe le capital de la société, en détermine la durée, crée les actions, organise les assemblées d'actionnaires, fait en son nom personnel appel aux capitaux, en règle la destination et l'emploi et dresse dans ses prospectus ces stipulations si variées qui constituent la charte de la société. » Et Percerou de constater que, pour la jurisprudence, le fondateur est donc l'associé.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 10 janvier 1887, a élargi la notion de fondateur, considérant comme tel l'associé qui participe aux derniers actes de la fondation d'une société anonyme, c'est-à-dire à la déclaration de souscription et au versement du quart ⁵.

L'auteur ⁶ note qu'à cet égard, la Cour d'Amiens et la Cour de Paris étaient d'opinions divergentes. Cette dernière, dans son arrêt du 28 mai 1869, considérait ces actes comme insuffisants pour conférer à leur auteur la qualité de fondateur, tandis que la Cour d'Amiens, par son arrêt du 27 juillet 1882, était d'un avis contraire. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1887 a mis fin à ces divergences.

¹ Percerou, *op. cit.*, p. 12.

² Percerou, *op. cit.*, p. 12.

³ Percerou, *op. cit.*, p. 15, premier et deuxième paragraphes.

⁴ Même auteur, *op. cit.*, p. 13 et suivantes.

⁵ Percerou, *op. cit.*, p. 14 et suivantes; Lescot, p. 111.

⁶ Percerou, *ibidem*.

Lescot¹ constate que cette évolution jurisprudentielle est réfutée par la plupart des auteurs. Mais ceux-ci lui reconnaissent un avantage : celui de protéger efficacement l'intérêt des actionnaires en élargissant le cercle des personnes responsables de la constitution irrégulière de la société.

Nous trouvons des arrêts de la Cour d'appel qui attribuent la qualité de fondateur aux associés « qui ont rédigé les statuts de la société et déclaré faussement que les actions étaient souscrites du quart »².

Enfin, la conception juridictionnelle du fondateur est conçue sur la base de l'arrêt de la Chambre civile du premier juillet 1930³ qui donne une définition très large au mot fondateur : « tous ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société... à la condition que la nature de ce concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise sous sa forme sociale, ou qu'ils aient prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société coopération assez directe, assez étroite et assez constante pour qu'elle implique d'elle-même une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social ».

En droit allemand, la loi sur les sociétés par actions de 1937 définit le fondateur dans son paragraphe 21 comme suit : « les fondateurs sont les actionnaires qui ont établi les statuts ». Dans le cas de fondations successives, sont également considérés comme fondateurs les actionnaires qui ont fait les apports en nature, bien qu'ils n'aient pas participé à l'établissement des statuts.

En droit suisse, d'après les articles 629, 630 et 631 du Code des obligations, les fondateurs sont ceux qui rédigent et signent le projet de statuts avant l'ouverture des souscriptions. Ce sont eux également qui fournissent par écrit un rapport détaillé lorsque des apports sont faits en nature, s'il s'agit de reprises de biens ou si des avantages leur sont accordés, ou à d'autres personnes. Ce sont eux également qui signent les prospectus de souscription.

¹ Lescot, p. 111.

² Percerou, op. cit., p. 13, 14 et suivantes; Lyon, 9 février 1883. Revue des sociétés, 1883, p. 211.

³ D. 1931.1.97, note Hamel S. 1931.1.305, note Lagarde.

C. *Rôle des fondateurs dans la souscription.*

Les fondateurs jouent un rôle prépondérant dans la constitution de la société anonyme : c'est à eux qu'incombe l'obligation de faire les différents actes de fondation.

1. Rédiger, certifier et déposer le projet des statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social.

2. Rédiger le bulletin de souscription, cet acte étant devenu obligatoire depuis la parution du décret-loi de 1937.

3. Procéder :

a) à la souscription de l'intégralité du capital social qui est la seule garantie des créanciers sociaux dans la société anonyme;

b) à la libération des actions numéraires, au minimum du quart de leur valeur nominale;

c) à la libération intégrale immédiate des actions d'apport.

4. S'occuper de la consignation des fonds provenant des souscripteurs et s'assurer qu'ils sont bien mis à la disposition de la future société et que celle-ci pourra seule en disposer dès que sa constitution est réalisée.

5. Faire la déclaration notariée de souscription et de versement.

6. Enfin convoquer l'assemblée constitutive.

« Les fondateurs doivent assurer avec une scrupuleuse exactitude l'exécution de toutes ces dispositions; leur rôle n'est terminé que lorsque les prescriptions relatives à la constitution étant remplies, la société anonyme est régulièrement constituée. » ¹

¹ Percerou, p. 29.

Chapitre II

LA SOUSCRIPTION DU CAPITAL SOCIAL

Section I

LE PRINCIPE DE LA SOUSCRIPTION INTÉGRALE DU CAPITAL SOCIAL

L'alinéa 2 de l'article premier de la loi de 1867 fixe le principe suivant : « ... les sociétés en commandite par actions ne peuvent être constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social. » En vertu de l'article 24 de la même loi ce principe est applicable aux sociétés anonymes. Nous devons le considérer comme l'élément capital lors de la constitution de toute société anonyme. Par conséquent, pour que la société soit valablement constituée, le capital social doit être intégralement souscrit et la réalisation de cette intégralité est obtenue lorsque toutes les actions ont trouvé preneur ¹. Il faut encore que les souscriptions soient sérieuses, fermes et irrévocables.

L'alinéa 2 de l'article premier de la loi de 1867 a pour but de protéger à la fois les créanciers sociaux et les actionnaires eux-mêmes ².

Pour les créanciers sociaux, cette exigence s'explique par le fait qu'ils n'ont pour garantie que le capital social, ils doivent donc s'assurer que le capital social a été entièrement souscrit. En effet l'article 2093 du Code civil leur accorde expressément un droit de gage sur l'actif social.

Cette exigence légale est édictée également dans l'intérêt des souscripteurs. Pour la réalisation et la poursuite de l'objet social ³ les fondateurs doivent avoir à leur disposition des fonds nécessaires ⁴.

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 560.

² Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 688, voir également Escarra et Rault, t. 2, n° 561; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 654; Thaller et Pic, t. 2, n° 880; Conseil, p. 94; Hourtoulle, n° 62.

³ Escarra et Rault, *ibidem*.

⁴ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 688.

Il est donc normal que les souscripteurs subordonnent leur adhésion au pacte social à la condition que le capital social soit entièrement souscrit ¹. A défaut de cette condition tout souscripteur a le droit de demander la restitution de sa mise de fonds ².

Cette disposition présente certains inconvénients ³ que de récentes exigences législatives ont encore aggravés. Dès sa fondation, la société dispose d'un capital parfois considérable en raison de l'importance des investissements engagés, mais la plupart du temps ce capital n'est pas engagé immédiatement. L'inconvénient est particulièrement marqué lorsque les statuts contiennent une clause dite d'intérêt fixe ou intérêt intercalaire. Les dirigeants de la société sont parfois tentés et obligés d'investir ces capitaux momentanément disponibles dans des opérations financières étrangères à l'objet social. Pour éviter le danger que suscite de pareilles opérations, la loi permet aux souscripteurs de ne pas libérer intégralement leurs actions de numéraires. La libération minimale exigée est d'un quart, mais elle doit être intégrale dans les cinq ans qui suivent la constitution de la société.

La pratique avait de son côté imaginé un autre palliatif ⁴. Les statuts après avoir fixé à un chiffre relativement bas le montant du capital de fondation autorisaient parfois le conseil d'administration à augmenter le capital social à concurrence d'une somme déterminée. Une clause dispensait de réunir l'assemblée générale extraordinaire pour décider le principe de l'augmentation du capital. Elle est aujourd'hui condamnée par la loi du 4 mars 1943, dont l'article 7, premier alinéa, dispose : « est nulle et réputée non écrite toute clause statutaire donnant par avance pouvoir au conseil d'administration ou à la gérance de réaliser une augmentation de capital sans autorisation préalable de l'assemblée générale. »

En dépit des critiques dont la règle légale est l'objet, celle-ci doit être maintenue dans l'intérêt de l'épargne et du crédit ⁵.

Nous allons analyser les conditions de forme et les conditions de fond du principe de la souscription intégrale du capital social.

¹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, *op. cit.*, n° 688; Escarra et Rault, t. 2, n° 561; Thaller et Pic, t. 2, n° 881.

² Mêmes auteurs.

³ Escarra et Rault, t. 2, *ibidem*.

⁴ Escarra et Rault, t. 2., *ibidem*, voir également à ce sujet : Bosvieux, *La nouvelle loi du 4 mars 1943 sur les sociétés par actions*, J.S. 1943, spécialement p. 15 et suivantes.

⁵ *Ibidem*.

1. Les conditions de forme :

a) *Le bulletin de souscription.*

Avant 1907, la loi française ne contenait aucune disposition concernant la formalité de publicité qui est nécessaire pour faire connaître aux souscripteurs les statuts avant leurs souscriptions.

A cette époque, toutes les sociétés anonymes étaient soumises à des formalités de publicité prescrites par la loi du 24 juillet 1867, comme toutes les autres sociétés de commerce. Cette lacune de la loi française a été comblée par la loi du 30 janvier 1907, article 3, qui exige l'insertion de « la notice » dans « le bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières ». Cette notice est faite par les fondateurs qui déclarent vouloir constituer une société anonyme. Cette déclaration concrétise la volonté des fondateurs et c'est le premier acte de constitution¹. La notice contient le nom, l'objet, le capital social, le taux des actions, le siège de la société en formation. Elle contient donc les éléments fondamentaux d'une société. Elle est publiée dans le « bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières » annexe au journal officiel et connu sous le nom de B.A.L.O.

Malheureusement, la loi du 30 janvier 1907 contient de son côté beaucoup de lacunes; elle s'occupe des souscriptions publiques et laisse de côté les souscriptions privées².

La loi n'exige pas la publication du texte complet des statuts³ mais uniquement des énonciations énumérées par elle. Mais un décret-loi de 1937 a rendu le bulletin de souscription obligatoire pour toutes les sociétés par actions, qui n'était ni obligatoire ni réglementaire auparavant⁴. Le contenu du contrat de souscription pouvait faire l'objet de n'importe quelle preuve⁵.

Depuis la réforme réalisée par ledit décret, la rédaction du bulletin est devenue obligatoire, elle protège le souscripteur et par conséquent l'épargnant⁶.

Donc la nouvelle disposition de l'alinéa 4 de l'article premier de la loi de 1867 dit ceci : « Le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription signé du souscripteur ou de son mandataire. »

¹ Ripert, n° 937.

² Hourtoulle, n° 15; Conseil, p. 49.

³ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 687 d.

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 589.

⁵ Conseil, p. 66.

⁶ Solus, n° 16; Ripert, n° 947. Nous ne traitons pas dans cette étude l'émission d'actions gratuites, et pour cette raison nous ne nous occupons pas de la question de savoir si un bulletin de souscription est nécessaire pour l'émission de telles actions.

b) Forme du bulletin de souscription.

Selon l'article premier cinquième alinéa de la loi de 1867 : « un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être laissé au souscripteur, et mention de cette remise doit figurer au bulletin de souscription ». Donc le bulletin sur papier timbré est remis au fondateur, et l'autre sur papier libre conservé par le souscripteur ¹. Le législateur a voulu protéger le souscripteur contre les modifications qui pourraient être apportées après coup au bulletin signé par lui, et il faut conclure que « si les deux exemplaires ne concordent pas, celui qui est entre les mains de la société ne sera pas une preuve suffisante de l'engagement contracté à son égard » ².

Cet exemplaire ne constitue pas un double au sens de l'article 1325 du Code civil ³. Il s'agit en réalité d'une copie puisqu'elle n'est pas revêtue de la signature des fondateurs ⁴. La signature du souscripteur, dit Ripert, « est inutile puisqu'il garde le double et peut toujours le signer ». Comme dit l'alinéa cinq de l'article premier, la preuve de la remise de l'exemplaire au souscripteur résulte d'une mention qui doit être obligatoirement portée sur le bulletin lui-même ⁵.

La signature du souscripteur ou de son mandataire sur le bulletin de souscription et la remise de ce dernier au fondateur rendent obligatoire son engagement et donnent un caractère définitif à la déclaration de souscription ⁶.

En ce qui concerne la question de savoir, si depuis la réforme réalisée par le décret-loi de 1937 et par le décret du 14 août 1949, le bulletin de souscription forme une condition de validité du contrat de souscription ou bien une preuve, la doctrine est fort controversée. Certains auteurs ⁷ pensent que la rédaction du bulletin de souscription est exigée *ad solemnitatem* et que le législateur a voulu protéger le souscripteur, la rédaction du bulletin étant une condition essentielle pour la validité du contrat. De cette façon « le souscripteur peut donc plaider la nullité de l'engagement irrégulier » ⁸.

¹ Ripert, n° 948; Escarra et Rault, t. 2, n° 605; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 589; Percerou, l'exemplaire du bulletin sur papier libre à remettre aux souscripteurs, *Annales du droit commercial* 1939, p. 5; Moreau, n° 370.

² Bosvieux, J.S. 1938, p. 12.

³ Ripert, *op. cit.*, n° 948; Escarra et Rault, t. 2, *op. cit.*, n° 605; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 589.

⁴ Ripert, *ibidem*; Escarra et Rault, t. 2, *ibidem*.

⁵ Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, 1938, n° 58,

⁶ Ripert, n° 949; Moreau, n° 370; Escarra et Rault, t. 2, n° 605.

⁷ Ripert, n° 950.

⁸ Ripert, *ibidem*.

Pour les autres auteurs ¹, le bulletin de souscription est exigé *ad probationem*, cette notion peut d'ailleurs être déduite de l'alinéa 4 de l'article premier qui dit : « le contrat de souscription doit être constaté par le bulletin de souscription... » Cette disposition était différente dans les projets antérieurs au décret de 1937 : ceux-ci disaient que le « contrat de souscription se forme ». On en déduisait que le bulletin était une condition essentielle pour la validité du contrat de souscription ². La loi de 1867 spécifiait que le contrat de souscription se constate par un bulletin. Le décret de 1937 a repris la même rédaction que le projet de 1903 et le mot « constaté », disent Hamel et Lagarde ³, « est bien celui qui convient à un mode de preuve ».

Enfin il faut admettre que la rédaction du bulletin n'est exigée que *ad probationem* ⁴.

c) Les mentions que doivent contenir le bulletin de souscription.

L'article 1, alinéa 4, énumère les mentions que doivent contenir le bulletin de souscription : « le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription signé du souscripteur ou de son mandataire et mentionnant :

1. la raison sociale de la société;
2. le siège social;
3. l'indication sommaire de l'objet social;
4. la référence, en cas d'émission par voie d'appel au public, au bulletin des annonces légales obligatoires où a été publiée la notice exigée par la loi du 30 janvier 1907;
5. le montant du capital en souscription, précisant la part du capital représenté par les apports en nature, et la part du capital à réaliser en espèces;
6. le lieu où sont versés les fonds provenant de la souscription;
7. le dépôt des statuts au greffe par application de l'alinéa 3 ci-dessus. »

En examinant ces mentions qui figurent dans le bulletin de souscription, nous voyons que :

1. la première concerne les sociétés en commandite par actions. Les sociétés anonymes n'ont pas de raison sociale. C'est leur dénomination

¹ Solus, n° 19; Escarra, J., *Manuel de droit commercial*, 1947, n° 697; Hamel et Lagarde, t. 1. n° 589; Conseil, p. 69; Hourtoulle, n° 94; Moreau, n° 370.

² Conseil, p. 69.

³ Hamel et Lagarde, t. 1., n° 589.

⁴ Pour tous les arguments qui concernent cette option, voir Hamel et Lagarde, t. 1, n° 589; Solus, n° 19.

sociale qui doit figurer dans le bulletin de souscription ¹. L'absence de raison sociale ² s'explique par le fait qu'il est impossible, pour une société anonyme, d'avoir une raison sociale formée par le groupement des noms des principaux associés.

D'ailleurs en droit français la raison sociale a pour but la publication des personnes solidairement responsables, et puisque dans les sociétés anonymes aucun associé n'est personnellement et solidairement responsable, il serait donc difficile d'admettre qu'une société anonyme ait une raison sociale. La loi française est formelle sur ce point, l'article 29 du Code de commerce dispose : « La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés. »

L'absence de raison sociale des sociétés anonymes est fort critiquable, Thaller et Pic ³ disent qu'une société anonyme peut prendre le nom de ses fondateurs ou principaux actionnaires, en le faisant suivre du mot « limited » ou autre terme équivalent, par l'insertion d'une telle expression toute responsabilité sera écartée.

Cette défense de toute raison sociale a un inconvénient au point de vue de la forme, concernant la signature des actes sociaux. Cette absence de raison sociale oblige les administrateurs à signer les actes au moyen d'une formule très longue : « pour la société anonyme des Forges et Hauts Fourneaux de X..., l'administrateur délégué N... », tandis que la raison sociale est une signature simple qui peut être employée par tous ceux qui ont la qualité pour le faire ⁴.

En droit suisse les sociétés anonymes ont une raison sociale en vertu de l'article 620 du Code fédéral des obligations qui définit la société anonyme comme étant celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital est déterminé à l'avance, divisé en actions et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social.

2 - 3. *En ce qui concerne les deuxième et troisième mentions*, leur utilité est évidente : elles désignent le lieu où doit être déposé le projet des statuts ⁵, et définissent l'activité de la société aussi exactement que possible ⁶.

4. *La quatrième mention* paraît, aux yeux de Solus, purement idéale, puisque peu de souscripteurs se référaient aux bulletins des annonces légales obligatoires ⁷.

¹ Solus, n° 17; Hourtoulle, n° 95; Conseil, p. 70.

² Sur ce sujet, voir l'article important de Pic dans le J.S. de 1911, p. 7-10.

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 490.

⁴ L'article précité de Pic, J.S. 1911, p. 7-10.

⁵ Conseil, p. 70.

⁶ Conseil, *ibidem*.

⁷ Solus, n° 17; Hourtoulle, n° 95; Conseil, *ibidem*.

Pour que cette disposition soit vraiment utile, dit Solus, il fallait faire figurer les énonciations que contient la notice sur le bulletin de souscription lui-même ¹.

En réalité, la notice exigée par la loi du 30 janvier 1903 porte des énonciations qui n'existent pas dans le bulletin, comme par exemple, l'indication de la législation sous l'empire de laquelle fonctionne la société ² ou l'indication des avantages particuliers réservés aux fondateurs et aux administrateurs ³ et les modes de convocation des assemblées générales et de leurs réunions, etc.

5. *La cinquième mention* concerne le montant du capital en souscription, et précise la part du capital représenté par des apports en nature, et la part du capital à réaliser en espèces. Cette disposition est faite au profit des actionnaires pour les protéger contre les fraudes qui peuvent se produire lors de l'évaluation des apports en nature ⁴. Il aurait mieux valu que cette mention soit plus détaillée et prévoie, par exemple, l'existence de catégories d'actions jouissant de droits différents et les modalités et époques des appels de fonds ⁵.

6. *Quant à la sixième mention*, elle détermine le lieu où doivent être versés les fonds provenant de la souscription. Elle n'existait pas dans la loi de 1867 et cela constituait une lacune. En effet, le contrôle de la valeur effective des souscriptions et des versements était bien difficile. D'autre part, dans l'hypothèse de versements effectifs, les fondateurs avaient la possibilité d'employer des fonds reçus d'une façon irrégulière, et voire même frauduleuse ⁶.

Depuis le décret-loi de 1937, les fonds revenant à la société doivent être versés, soit à la caisse de dépôt et consignation, soit chez un notaire.

Dans la pratique courante, les fondateurs versent les fonds chez le notaire qui s'occupe de la rédaction de la déclaration de souscription et de versement ⁷ sans que cela soit obligatoire ⁸.

Pour certains auteurs ⁹, le versement de ces fonds à la Caisse de dépôt et consignation est un mauvais choix ¹⁰, car son règlement est formaliste et des sommes importantes sont inutilement bloquées, bien que cette caisse offre toute sécurité ¹¹. D'autre part, le dépôt chez le

¹ Solus, n° 17; Conseil, p. 70.

² Hourtoulle, n° 95.

³ Solus, n° 17.

⁴ Conseil, p. 71.

⁵ Bosvieux, J.S. 1938, p. 12; Hourtoulle, n° 95.

⁶ Solus, n° 20.

⁷ Bosvieux, J.S. 1938, p. 15-16; Hourtoulle, n° 95; Conseil, p. 156; Solus, n° 21.

⁸ Bosvieux, *ibidem*; Hourtoulle, *ibidem*; Conseil, *ibidem*.

⁹ Bosvieux, *ibidem*; Conseil, *ibidem*.

¹⁰ Conseil, *ibidem*.

¹¹ Conseil, *ibidem*.

notaire présente des garanties professionnelles, morales et pécuniaires ¹.

L'alinéa 12 de l'article premier dispose que les fondateurs doivent joindre, lors du dépôt, la liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux. Cette disposition permet d'éviter les souscriptions fictives et de mesurer le montant réel des versements ².

7. *Quant à la septième mention*, elle doit figurer dans le bulletin de souscription, et concerne la date du dépôt des statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social. Elle offre un avantage précieux : elle permet à tout souscripteur de prendre tous les renseignements qui concernent la future société ³.

D'autre part, la date du dépôt est le point de départ du délai de six mois prescrit par l'alinéa 8 de l'article premier de la loi de 1867 (modifié et complété par le décret-loi du 31 août 1937) qui dit ceci : « en cas de non constitution de la société dans un délai de six mois, du jour du dépôt du projet des statuts au greffe, tout souscripteur pourra demander à en référer au président du Tribunal de commerce la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous déduction de ses frais de répartition ». En cas d'augmentation du capital social, le bulletin doit contenir la date de dépôt de la copie du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire ou de la délibération du conseil d'administration décidant l'augmentation du capital social ⁴.

Le bulletin de souscription doit être signé par le souscripteur ou par son mandataire. Il n'y a pas d'objection à ce que le mandataire souscrive, mais il faut qu'il soit muni d'un mandat écrit ou sous seing privé ou encore authentique ⁵.

Les dispositions du décret de 1937 concernant le bulletin de souscription doivent être appliquées lors de l'augmentation du capital social, comme dans le cas de la constitution de la société.

Les dispositions concernant le dépôt et le retrait des fonds provenant de la souscription s'appliquent également, en cas d'augmentation du capital social ⁶.

¹ Solus, n° 21.

² Solus, *ibidem*; Conseil, p. 157.

³ Solus, n° 17; Conseil, p. 74; Hourtoulle, n° 95.

⁴ Bosvieux, J.S. 1938, p. 34; Conseil, p. 74; Hourtoulle, n° 95.

⁵ Hourtoulle, *ibidem*; Conseil, p. 69.

⁶ Solus, n° 25; Bosvieux, J.S. 1938, p. 35-36.

d) *Sanction de l'inobservation des prescriptions relatives au bulletin :*

La règle générale, en cas d'inobservation des prescriptions concernant le contrat de souscription, est la nullité de la société. Cette règle est énoncée à l'article 7 de la loi de 1867 : « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi », l'article 24 de la dite loi rend cette disposition applicable aux sociétés anonymes.

Chaque fois qu'il y a une irrégularité, volontaire ou non, dans les bulletins de souscription¹, comme par exemple l'omission d'une des mentions énumérées à l'article premier, alinéa 4 de la loi de 1867, la nullité peut être en principe déclarée.

Toutefois pour éviter l'action en nullité, les fondateurs doivent remplacer les bulletins irréguliers par les bulletins qui concordent avec les dispositions édictées par le décret-loi de 1937², ce qui revient à dire que la nullité peut être couverte par les « régularisations » établies par la loi du 1^{er} novembre 1893 et le décret-loi du 30 octobre 1935. Le décret-loi du 30 octobre 1935 reprend la disposition de l'article 8 de la loi de 1867 et réserve aux fondateurs le soin d'opérer ces régularisations. De plus, le tribunal saisi d'une action en nullité pourra, même d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités (art. 8 de la loi de 1867).

2. *Conditions de fond.*

A. *Minimum de sept associés.*

Aux termes de l'article 23 de la loi de 1867, la société ne peut être régulièrement constituée si le nombre des associés est inférieur à sept; cette disposition est empruntée maladroitement (d'après les auteurs) à la loi anglaise de 1862 qui exige un nombre minimum de fondateurs, mais non pas d'associés. En effet, en Angleterre, il s'agit des fondateurs et non pas des associés. La loi allemande se contente de cinq fondateurs (paragraphe 2). La loi suisse exige que la société doit compter autant d'actionnaires qu'il est nécessaire pour constituer l'organisation et le contrôle (art. 625 du Code des obligations).

La disposition de l'article 23 de la loi de 1867, qui prescrit que le nombre des associés, lors de la constitution de la société, soit au moins de sept, s'explique — nous sommes tenté de le croire — par l'idée d'augmenter les garanties offertes aux créanciers sociaux. La loi parle de sept

¹ Conseil, p. 80.

² Conseil, *ibidem*.

associés et non des fondateurs, car il n'est pas nécessaire que ces derniers soient au nombre de sept ¹, surtout dans un système qui admet le fondateur unique ² bien que cette situation soit rare; selon Thaller et Pic ³, la loi ne dit pas sept fondateurs ou signataires des statuts quand il y a constitution entre fondateurs, sans appel au public, on peut affirmer que la loi n'exige pas que les fondateurs soient sept au moins. Dans le cas d'une souscription publique, les fondateurs — peu importe leur nombre — doivent grouper autour d'eux le nombre légal minimum de souscripteurs.

Un point attire notre attention : la loi exige sept associés et non sept sept souscripteurs, Hamel et Lagarde ⁴ disent que la loi parle d'associés et non de souscripteurs « il ne fait aucun doute qu'il s'agit aussi bien des attributaires d'actions d'apport, que des souscripteurs d'actions de numéraires.

Selon la jurisprudence il résulte :

- 1) qu'étant donné que la loi ne parle que des associés et non des fondateurs, il n'est pas obligatoire que ceux-ci soient au nombre de sept ⁵;
- 2) que la loi utilisant le terme « d'associé » et non celui « d'actionnaire », celui qui, en représentation d'un apport en nature, reçoit une part dans les bénéfices et non des actions, doit être considéré comme associé, bien qu'il ne soit pas actionnaire ⁶.
Cependant, cette solution est difficile à admettre depuis la promulgation de la loi du 23 janvier 1929, dans laquelle le porteur de parts est défini comme un créancier éventuel de bénéfice qui ne saurait avoir la qualité d'associé.
- 3) que les sept associés sont considérés comme tels, bien qu'ils n'aient rien versé, mais qu'une banque a versé pour eux ⁷.
- 4) que l'existence des sept associés ne peut être contestée lorsqu'un changeur qui s'est engagé vis-à-vis du fondateur de placer dans sa clientèle les actions à souscrire, se trouve suffisamment d'acquéreurs qui ont versé le quart exigible ⁸.

¹ Alger, 19 juin 1895, J.S. 1897, p. 53; Moreau, t. 1, n° 55; Thaller et Pic, t. 2, n° 846 et 985.

² Thaller et Pic, t. 2, ibidem, « mais cette situation est rare, surtout dans les sociétés anonymes ».

³ Thaller et Pic, t. 2, p. 188, note 2.

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 591; Moreau, t. 1, n° 55.

⁵ Agen, 19 mars 1886, Rev. Soc. 1886, p. 599; Alger, 19 juin 1895, J.S. 1897, p. 53, cité par Moreau, t. 1, n° 55.

⁶ Paris, 13 janvier 1882, S. 1882.2.233. D.p. 1883.2.73, cité également par Moreau, t. 1, n° 55.

⁷ Paris, 22 avril 1891, D.p. 1893.2.65, cité également par Moreau, t. 1, n° 55.

⁸ Cass. 3 décembre 1930, J.S. 1932, p. 139, cité également par Moreau, ibidem.

La condition stipulée par l'article 23 de la loi de 1867 soulève certaines difficultés en ce qui concerne les actions souscrites par un syndicat financier ¹ ayant le caractère d'un syndicat de prise ferme ²; en effet, si ladite souscription émane du gérant du syndicat, seul connu des tiers, ces derniers sont en droit de penser qu'il souscrit les actions en son nom personnel et, dès lors, on peut considérer que les actions ont été souscrites par un seul actionnaire, ce qui est en contradiction non seulement avec la notion de société, mais encore avec la règle de l'article 23 de la loi de 1867.

Il en serait autrement si les actions étaient souscrites par chaque membre du syndicat, pourvu que ce dernier soit composé d'au moins sept membres ³. On peut donc affirmer que l'existence d'un syndicat de placement ou d'un syndicat de garantie s'accorde, en principe, avec la règle prescrite par l'article 23 et que l'intervention d'un tel syndicat peut être tenue pour régulière si elle amène, en définitive, la souscription de sept actionnaires au moins ⁴.

Nous venons de voir que la loi exige un minimum de sept associés pour la constitution d'une société anonyme.

A quel moment doit-on faire valoir ce minimum légal ? Théoriquement, lors de l'établissement de la déclaration notariée ⁵ la future société anonyme doit déjà comporter le nombre d'associés fixé par la loi ⁶. Par conséquent, si deux personnes s'entendent pour constituer une société anonyme et que l'une prenne l'engagement de céder une partie de ses actions à plusieurs autres personnes afin que le nombre d'associés soit au minimum de sept lors de la rédaction de la déclaration notariée, la constitution de la société ne saurait être entachée de nullité ⁷. D'autre part, la nullité est couverte lorsque les actions ont été réparties entre sept associés avant le jugement sur le fond. A ce sujet, Wahl ⁸ déclare que la « loi exige qu'il y ait dès l'origine sept actionnaires et l'irrégularité ne sera réparée que si l'un des actionnaires fait annuler sa souscription pour certains de ses titres et se fait remplacer par un nouveau souscripteur ».

¹ Nous parlons du syndicat financier dans notre troisième chapitre concernant le placement du titre.

² Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 587.

³ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 587.

⁴ Escarra et Rault, *ibidem*.

⁵ Pic, note sous Bordeaux, 20 juillet 1931, D. 1933.2.129, p. 120; Escarra et Rault, t. 2, n° 587.

⁶ Pic, même note sous Bordeaux précitée.

⁷ Req. 3 décembre 1930, J.S. 1932, p. 139 s, la note Cordonnier, voir également Escarra et Rault, *ibidem*.

⁸ Wahl, *la réparation du vice de constitution résultant du défaut de souscription intégrale*, J.S. 1931, p. 256, n° 11.

Qu'en est-il lorsque plusieurs associés apportent en société un bien indivis ? Dans ce cas, les copropriétaires ne peuvent compter que pour un seul actionnaire, à condition toutefois que les actions remises en rémunération d'un tel bien indivis soient la copropriété des apporteurs ¹. Mais si chacun reçoit un nombre déterminé d'actions, chaque ex-copropriétaire sera considéré comme un associé ².

On peut se demander, à cet égard, ce qu'il arrive dans le cas de transformation d'une société de personnes, par exemple, d'une société en nom collectif, en société anonyme. Selon Escarra et Rault ³, il est évident que « L'application stricte des principes généraux conduirait à décider qu'il n'existe en pareil cas qu'un unique actionnaire, la société personne morale, seule véritable propriétaire de l'actif social ». Il est vrai que la personnalité morale de la société n'est qu'une fiction ⁴ et « les vrais apporteurs sont les associés » ⁵. Il s'ensuit que l'actif de la société transformée en société anonyme appartient à tous les associés ⁶.

La condition stipulée par la loi relativement au minimum de sept associés doit être respectée durant toute l'existence de la société. Si ce chiffre vient à décroître au cours de la vie sociale, l'article 38 de la loi de 1867 dispose que « la dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept ». On voit donc que dans un tel cas, la société n'est pas nulle, mais seulement susceptible d'être dissoute; cette dissolution n'a d'ailleurs pas lieu de plein droit; elle peut être demandée par toute partie intéressée au tribunal qui, de son côté, est libre de la prononcer ou de ne pas la prononcer; il faut encore qu'une année se soit écoulée depuis le jour où le nombre des associés est tombé à moins de sept.

Que se passe-t-il si la totalité des actions est réunie dans les mains d'un seul actionnaire ?

Pour certains auteurs ⁷ l'article 38 du Code de commerce n'a pas de valeur absolue, car la société est un contrat et il faut au moins deux personnes pour que ce contrat soit valable (art. 1382 C. civ). Pour Copper Royer, du moment que la totalité des actions est entre les mains

¹ Moreau, t. 1, n° 55; Escarra et Rault, t. 2, n° 588; Pic, sa note sous Bordeaux précitée, p. 131; Wahl, *op. cit.*, J.S. 1931, p. 265, n°s 12 s.

² Mêmes auteurs.

³ Escarra et Rault, t. 2, *op. cit.*, n° 588.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, n° 588; Pic, sa note sous Bordeaux précitée, p. 131, première colonne.

⁵ Pic, *ibidem*.

⁶ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 678.

⁷ Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 724 s; Ripert, n° 1428; Thaller et Pic, t. 2, n°s 1179 s; Moreau, t. 1, n° 55; Bastion, *la réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'une seule personne*, J.S. 1933, p. 65 s.

d'un seul actionnaire la société n'existe plus, car la société qui se compose d'une seule personne et « qui ne doit sa vie juridique qu'à une seule volonté agissante et sincère n'est pas une société »¹.

Les auteurs qui mentionnent cette thèse affirment que la société doit être automatiquement dissoute lorsque la totalité des actions se trouve entre les mains d'un seul actionnaire. La jurisprudence a également jugé dans ce sens². Mais à notre avis, cette thèse est discutable. En effet, selon l'article 38 de la loi de 1867 si le nombre des associés vient à être inférieur à sept au cours de la vie sociale, toute partie intéressée pourra requérir la dissolution de la société lorsqu'un an s'est écoulé depuis le jour où le nombre des associés est tombé en dessous de sept. Mais, d'après ce même article, il s'agit d'une dissolution judiciaire. De plus, la dissolution ne s'opère pas de plein droit, il faut encore que quelqu'un la demande. D'autre part, l'article 8 de la loi de 1867 applicable en la matière³ précise que la société peut être régularisée si le nombre des actionnaires a été ramené à sept et la dissolution évitée. La distinction faite par les auteurs est loin — d'après nous — d'être admissible, car l'article 38 ne distingue pas entre le cas où le nombre des actionnaires est devenu inférieur à sept et celui où il ne reste qu'un seul actionnaire. Cette disposition est bien claire et elle vise tous les cas de réduction au-dessous du minimum de sept et en vertu de l'adage : *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, il est faux d'appliquer cette disposition d'une façon restrictive.

Supposons le cas d'une société dont un des actionnaires a racheté d'un seul coup toutes les actions des autres actionnaires. Il n'est pas concevable que cet actionnaire unique demande la dissolution de la société⁴.

D'autre part, parmi ceux qui ont le droit de demander la dissolution de la société se trouvent les créanciers sociaux, pour ceux-ci, si la société est prospère ou non, il leur sera indifférent qu'il y ait un ou sept actionnaires, car cela ne change rien à la situation de la société⁵.

En droit allemand, il est possible qu'un seul actionnaire réunisse entre ses mains toutes les actions de la société, qui est alors connue sous le nom de « *Einmangesellschaft* », c'est-à-dire société anonyme à

¹ Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 724 s.

² Cass. 30 avril 1867, S. 1867.1.728, D. 1867.1.397; 7 février 1881, D. 1881.1.267; Cass. 12 mai 1926, S.1928.1.295, 9 février 1932, S. 1932.1.176 et note Rousseau; Le Havre, 18 mars 1930, J.S. 1931, p. 579; Paris, 14 novembre 1932, D. 1934.2.118 et note Pic.

³ Bordeaux, 31 juillet 1931, D. 1933.2.129 et note Pic; Thaller et Pic, t. 2, n° 2180, *contra*, Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 727.

⁴ Article de Carry, *les principales réformes du Code des obligations suisse révisé dans le contrat des sociétés*, *Journées d'Etudes bancaires*, p. 69 et 70.

⁵ Carry, l'article précité dans les *Journées d'Etudes Bancaires*, p. 69 et 70.

membre unique ¹, car la loi n'exige pas que le nombre des actionnaires reste inchangé et il peut devenir inférieur à cinq ².

En droit suisse, le principe de la société anonyme à membre unique est admis, car en droit suisse, cette société reste juridiquement valable jusqu'au moment de la dissolution; or pour obtenir la dissolution il faut une demande de la part d'un intéressé, ce qui se rencontre rarement, pour les raisons que nous avons citées plus haut ³.

B. *Le capital social doit être intégralement souscrit.*

Comme nous l'avons déjà dit, ce principe est établi tant dans l'intérêt des actionnaires que dans celui des créanciers sociaux.

Le capital doit être également souscrit soit avant la déclaration notariée de souscription et de versement (actions de numéraire), soit avant le dépôt du projet des statuts au greffe du Tribunal de commerce (apport en nature) (décret-loi du 31 août 1937). Il s'ensuit que les actions de numéraire doivent être entièrement souscrites au jour de la signature de la déclaration notariée ⁴ puisque le notaire est obligé de joindre à cette déclaration la liste des souscripteurs et de vérifier séance tenante en comparant cette liste avec les justifications relatives à la libération des actions, compte tenu des prescriptions légales.

Depuis la réforme apportée par le décret-loi de 1937 à propos du dépôt du projet de statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social, on exige, en ce qui concerne la partie du capital représentée par des apports en nature, que l'engagement de l'apporteur en nature soit conclu avant le dépôt au greffe dudit projet de statuts qui doit, d'autre part, contenir une description sommaire des apports en nature ⁵.

Les droits allemand et suisse ont adopté le principe que le capital social doit être intégralement souscrit. Ce n'est pas le cas dans le droit anglais et dans le droit américain où l'on distingue le « capital autorisé » du capital « émis », seul ce dernier faisant l'objet de souscriptions effectives ⁶. Cette conception permet l'émission par tranches jusqu'à ce que celles-ci atteignent le montant autorisé. Donc l'objet du gage des créanciers est « le capital émis » et non le capital autorisé.

¹ RGZ 129.53, cité par Duroudier et Kuhlewein, *la loi allemande sur les sociétés par actions de 1937*, p. 10.

² Duroudier et Kuhlewein, *ibidem*.

³ F. von Steiger, *le droit des sociétés anonymes en Suisse*, p. 35; Carry, *ibidem*; Guhl, *droit fédéral des obligations*, p. 414-415 et 477; ATF, 45.11.36, 50.11.175, 591, 277, 67, 11 29, *Journal des Tribunaux* 89, p. 523.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, n° 580.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, n° 580.

⁶ Lepargneur, *les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, p. 182-183; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 591.

Du principe de la souscription intégrale du capital social découlent plusieurs conséquences :

1. — *En premier lieu, l'interdiction d'émettre des actions au-dessous du pair.*

C'est une conséquence nécessaire et logique de l'exigence légale que nous venons de mentionner. Rappelons à ce propos que le montant minimum des actions est de 10 000 francs pour les sociétés constituées après le 31 août 1949 ¹. Le motif de cette interdiction d'émettre des actions au-dessous du pair, c'est-à-dire au-dessous de leur valeur nominale est que les souscripteurs ne versent qu'une somme inférieure au montant réel des actions, ce qui affecte nécessairement l'intégralité du capital social.

L'émission au-dessous du pair, soulève plusieurs problèmes connexes, parmi lesquels nous voulons mentionner celui des commissions allouées aux souscripteurs et qui équivaut en fait à une émission au-dessous du pair. De son côté, la jurisprudence a fini par se rallier à cette opinion et s'est prononcée en faveur de l'interdiction d'une telle pratique ².

Pour ce qui est de la clause d'intérêt fixe qui permet aux actionnaires même en l'absence de tout bénéfice, de toucher une rémunération correspondant au montant libéré des actions, certains auteurs, notamment Thaller et Pic ³ estiment qu'une telle clause présente les mêmes caractéristiques que l'émission au-dessous du pair; en effet, disent-ils, en cas d'émission au-dessous du pair, l'actionnaire verse une somme inférieure à la valeur nominale de l'action; de même, en cas de clause autorisant l'attribution d'un intérêt fixe, l'actionnaire verse bien au début ⁴ le montant intégral mais, l'an d'après, il se fait rembourser une partie de ses versements sous forme d'intérêts, lesquels ne peuvent être prélevés que sur le capital puisque, par hypothèse, l'« ère des bénéfices n'est pas encore ouverte ».

Pour d'autres auteurs, cependant, parmi lesquels Escarra et Rault ⁵, il n'existe aucune analogie entre l'émission au-dessous du pair et la clause d'intérêt fixe, étant donné que celle-ci ne dispense pas l'actionnaire de verser l'intégralité de son titre et qu'elle ne produit d'effets qu'à la fin du premier exercice social.

Les statuts de certaines sociétés prévoient parfois qu'au cours de

¹ Décret du 4 août 1949.

² Cass. 28 octobre 1901, S. 1904.1.37; J.S. 1904, p. 200 et note Houpin; Crim. 15 mai 1936, D.H. 1936, p. 430.

³ Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 887.

⁴ Ibidem.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, n° 571.

l'exercice il sera payé aux actionnaires un intérêt fixe sur le montant nominal de leur titre, ce qu'on appelle la clause d'intérêt fixe. La clause d'intérêt fixe a pour but d'attirer les personnes qui désirent plutôt faire un placement que de s'intégrer dans la société ¹.

Cette clause est également destinée à faire patienter les associés pendant une période où la société ne produit pas de bénéfices ². Quand il n'y a pas de bénéfices et de réserves, le paiement de l'intérêt ne peut avoir lieu qu'en prélevant sur le capital social ³. La validité de la clause est alors plus douteuse, car les actionnaires ne peuvent se distribuer le capital social au détriment des créanciers ⁴.

La jurisprudence considère cette clause comme valable ⁵ mais distingue deux hypothèses au sujet de son opposabilité aux créanciers sociaux :

- a) si l'intérêt est une « charge sociale », la clause peut être opposée au tiers sans aucune publicité ⁶;
- b) si l'intérêt est un élément de diminution éventuelle du capital la clause d'intérêt doit être publiée ⁷.

2. — En revanche l'émission des actions au-dessus du pair est parfaitement licite contrairement à l'émission au-dessous du pair. Ce qu'on appelle la prime c'est la différence entre le montant nominal de l'action et de la somme versée. L'émission des actions au-dessus du pair est plutôt rare en cas de constitution d'une société; par contre, elle est fréquente en cas d'augmentation du capital social ⁸.

En ce qui concerne la prime d'émission, sa légalité est pleinement reconnue par la loi du 4 mars 1943 dont l'article premier dispose que la prime doit être libérée intégralement et immédiatement. L'assemblée générale des actionnaires peut utiliser la prime pour n'importe quelle opération de son choix ⁹, pour autant que les statuts ne prévoient

¹ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 469 *in fine*.

² Hamel et Lagarde, *ibidem*.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 469.

⁴ Ripert, n° 1357.

⁵ Civ. 8 mai 1867, D. 1867.1.193, note Ch. Beudant; Douai 9 avril 1879, D. 1879.2.320.

⁶ Civ. 8 mai 1867 précité; Civ. 8 mars 1881, S. 1881.1.257, note Demangeat, D. 1881.1.189.

⁷ Civ. 7 novembre 1899, D. 1900.1.369, note Thaller; S. 1911.1.5, note Wahl, Civ. 15 novembre 1910, S. 1911.1.5, note Lyon-Caen, D. 1912.1.97, note Percerou; Civ. 5 mai 1913, S. 1915.1.65, note Lyon-Caen.

⁸ Au sujet de la prime d'émission, voir en particulier Jeanne Vendamme, *de la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse, Paris 1928.

⁹ Escarra et Rault, t. 2, n° 572; Conseil, p. 96; Thaller et Pic, t. 2, n° 888; Moreau, t. 1, n° 464.

aucune affectation particulière du montant de la prime ¹, ce qui peut naturellement avoir lieu.

La prime d'émission ne doit être considérée ni comme un supplément de capital social, ni comme un bénéfice ²; elle constitue en réalité une réserve qui appartient aux actionnaires ³ et elle a pour but de maintenir l'égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires ⁴; il est juste en effet que ces derniers effectuent un versement supplémentaire, puisqu'ils auront les mêmes droits que les anciens actionnaires en ce qui concerne la participation aux bénéfices et aux réserves existantes.

Depuis la réforme fiscale réalisée par le décret du 9 décembre 1948, le versement des primes d'émission aux actionnaires qui ont payé la prime, n'est pas tenu, en vertu des dispositions de l'article 112-1° du Code général des impôts, pour un revenu soumis à l'impôt ⁵.

3. — *Interdiction d'émettre des actions sans valeur nominale.*

Pour la doctrine française, toute émission d'actions dépourvues de valeur nominale est interdite ⁶, car en droit français, l'action est une quote-part du capital social : en échange d'un paiement en espèces ou d'un apport de biens, l'actionnaire reçoit une ou plusieurs actions. Ce genre d'émission est exclu en droit français. Par contre, dans certains pays — aux Etats-Unis, par exemple — les actions sans valeur nominale sont très répandues depuis 1912. Elles ont donné lieu à des abus qui ont fait l'objet de violentes critiques ⁷.

Signalons qu'il existe une catégorie d'actions sans valeur nominale, appelées actions de quotité, qui sont admises par la loi belge et le Lichtenstein ⁸, qui sont des actions qui méconnaissent le principe de la réalité et de la fixité du capital social. La quotité du capital incorporée dans chaque titre est représentée non par une valeur (10 000.— francs, 2 500.— francs, par exemple) mais par une fraction (1/10 000, 1/5 000) ⁹.

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 572.

² Ripert, p. 393, n° 967; Conseil, *op. cit.*, p. 96; Moreau, t. 1, n° 464; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. 1, n° 519.

³ Ripert, *op. cit.*; Moreau, t. 1, n° 464.

⁴ Moreau, t. 1, *op. cit.*, n° 464; Conseil, *op. cit.*

⁵ Moreau, *ibidem*; Ripert, *loc. cit.*

⁶ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 570; Escarra, *Manuel de droit commercial*, n° 702; Lagarde, *l'action sans valeur nominale*, Travaux de l'Université de Rennes, 1932, p. 219 s; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 540.

⁷ Escarra, *loc. cit.*; Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*

⁸ Escarra, *Manuel de droit commercial*, n° 702; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 540, voir également l'article de Carry sur l'action de quote-part, présenté à l'occasion de la révision du Code des obligations suisse, Genève, Semaine Judiciaire, n° 12, 1929, p. 177 s.

⁹ Hamel et Lagarde, *op. cit.*, n° 540; Escarra, *ibidem*.

Lors de la réduction du capital par suite de pertes, la fraction du capital nouveau correspondant à chaque action reste la même que celle du capital ancien. Par contre, lors de l'émission de nouvelles actions, la quotité inscrite sur les anciens titres n'est pas réelle ¹.

La loi du 11 décembre 1932, tout à fait exceptionnelle, a prévu l'émission d'action sans valeur nominale. Cette loi élaborée en vue du statut de l'aviation marchande, permettait l'émission d'actions de jouissance sans valeur nominale. Elles étaient attribuées à l'Etat et donnaient à ce dernier le droit de vote et le droit éventuel à un super-dividende ². La loi du 26 avril 1927 également prévoyait la création d'actions de travail. Mais l'émission d'actions de quotité a été condamnée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 14 janvier 1905, a jugé que cette pratique constitue une violation de la loi et doit, par conséquent, être punie des peines appliquées au délit d'émission ³.

4. — *Interdiction d'émettre des actions de prime.*

L'action de prime, qu'il ne faut pas confondre avec l'action à prime, est le titre que l'on remet à certaines personnes en contrepartie de leur activité et des services qu'elles ont rendus lors de la constitution et de l'organisation de la société, sans que ces personnes effectuent un versement quelconque, soit sous forme d'apport en nature ⁴.

La doctrine n'est pas d'accord sur la validité ou la nullité des actions de prime; certains auteurs ⁵ se sont faits les champions de la validité de telles actions dans des cas spéciaux; ils prétendent qu'il faut distinguer entre les deux hypothèses suivantes : ou bien les actions de prime sont prises en considération en tant que partie du capital social, et alors elles sont nulles et illicites; ou bien elles sont indépendantes du capital social ou encore dépourvues de toute valeur nominale et, dans ce cas, peuvent être régulièrement émises ⁶.

Néanmoins, d'autres auteurs ⁷ estiment que l'émission d'actions de prime doit être considérée comme nulle et non avenue en toute circonstance. Pour notre part, nous nous rangeons à cette opinion et nous estimons que la distinction établie par une partie de la doctrine doit

¹ Hamel et Lagarde, n° 540, p. 663 *in fine*.

² Hamel et Lagarde, *ibidem*.

³ Crim., 14 janvier 1905, D. 1906.1.129, note Le Poitevin, S. 1907.1.529., note Wahl, voir également Hamel et Lagarde, *loc. cit.*

⁴ Thaller et Pic, t. 2, n° 799; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 319; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 560 ter; Percerou, p. 161; Escarra et Rault, n° 573; Ripert, n° 888.

⁵ Percerou, p. 161; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 690.

⁶ Mêmes auteurs, *ibidem*.

⁷ Escarra et Rault, t. 2, n° 573; Thaller et Pic, n°s 800 et 889; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 319; Ripert, n° 698; Rousselet et Patin, n° 8.

être écartée. En effet, dans le système juridique français, l'action représente nécessairement une partie du capital social, lequel est constitué par l'ensemble des valeurs nominales des actions¹; dès lors, on ne peut admettre ni les actions de prime dont la valeur nominale serait incorporée au capital social, ce qui viole le principe de souscription intégrale, seule garantie pour les créanciers sociaux, et favorise les tromperies portant ainsi préjudice à l'épargne publique, ni les actions de prime en surnombre² donnant droit aux bénéfices de la société, puisque de tels titres ne sauraient, en aucune manière, être assimilés à des actions et ne peuvent être considérés que comme des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires³. Or, il est évident que le titulaire de l'action de prime n'apporte aucune prestation à la société et, par hypothèse, ne peut être considéré comme un associé et doit être écarté du cercle des actionnaires⁴.

5. — *La question des actions industrielles.*

La doctrine n'est pas unanime sur la validité ou la nullité des actions industrielles⁵.

Certains auteurs⁶ soutiennent la thèse de la validité des actions industrielles. D'après eux, il est licite de remettre aux personnes qui fournissent à la société un apport constitué exclusivement par leur industrie (compétence technique, crédit commercial) des actions dites « industrielles » qui ne contribuent pas à la formation du capital social mais confèrent à leur propriétaire toutes les prérogatives attachées à l'action, excepté les droits sur le capital social. Thaller et Pic⁷ citent à l'appui de la validité de ces titres les articles 1833 et 1853 du Code civil, et la loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière. Se basant sur le fait que le législateur a placé l'apport en industrie sur le même plan que les autres apports⁸, une partie de la doctrine a même été⁹ jusqu'à assimiler les actions industrielles aux actions d'apport.

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 573; Thaller et Pic, n° 884.

² Escarra et Rault, t. 2, *ibidem*; Thaller et Pic, n° 800 et 889.

³ Mêmes auteurs, *ibidem*.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, n° 800.

⁵ Voir à ce sujet Perroud, *les actions industrielles*, Revue des sociétés, 1922, p. 189 s.; et note de Palmade sous Cass., 26 juin 1912, D. 1914.2.161.

⁶ Thaller et Pic, t. 2, n° 799; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 560; Percerou, p. 141.

⁷ Thaller et Pic, t. 2, n° 801.

⁸ Mêmes auteurs, *ibidem*.

⁹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 560; Thaller et Pic, t. 2, n° 801.

D'autres auteurs ¹, en revanche, suivis par la jurisprudence ², condamnent l'émission d'actions industrielles. Nous partageons cet avis et nous estimons qu'il faut écarter la qualification d'actions en parlant de ce genre de titres qui ne représentent ni un apport en numéraire, ni un apport en nature. Ils peuvent à la rigueur être considérés comme des parts bénéficiaires ou des parts de fondateur. Leurs titulaires peuvent certes avoir droit à une fraction des bénéfices mais n'ont pas la faculté de participer aux assemblées générales ni de se prévaloir du droit préférentiel de souscription ³.

A notre avis, il est clair qu'on ne peut admettre l'argument basé sur le texte des articles 1833 et 1853 du Code civil, proposé par les tenants de la validité des actions industrielles, car les dispositions de ces articles ne sauraient en aucune façon légitimer la création d'actions industrielles ⁴. De même, l'assimilation de l'apport en industrie à un apport en nature n'est pas possible, puisque ces derniers, nous le savons, doivent être intégralement libérés au moment de la constitution de la société (art. 3 al. 2 de la loi de 1867) ; or, l'apport en industrie est un apport successif ⁵, ayant le caractère d'un concours personnel et continu prêté à la société.

Ces considérations et le principe d'intégralité de souscription du capital social, principe qui est la seule garantie des créanciers sociaux, nous amènent à exclure les actions industrielles dans les sociétés anonymes dans lesquelles la remise d'actions ne peut s'effectuer qu'en contre-partie d'un apport ayant une valeur en numéraire ⁶.

6. — *Irrégularité des émissions par séries successives.*

En vertu des dispositions de la loi de 1867, relatives à la souscription intégrale et immédiate du capital social, toute souscription par séries successives est considérée comme irrégulière ⁷.

En effet, cette pratique fait obstacle à la souscription intégrale du capital social dans les délais légaux en permettant de ne souscrire qu'une partie de ce capital ; dans ce cas, l'émission doit être tenue pour nulle et les fondateurs contrevenants sont passibles des peines prévues à

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 574 ; Ripert, n° 968 ; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 318.

² Caen, 26 juin 1912, S. 1918.2.59.

³ Escarra et Rault, t. 2, n° 574 ; Ripert, n° 968 ; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 318.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, *ibidem*.

⁵ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 318 ; Escarra et Rault, t. 2, n° 574.

⁶ Ripert, n° 968 ; Escarra et Rault, t. 2, n° 574.

⁷ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 692 ; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 522 ; Thaller et Pic, t. 2, n° 884 ; Thaller et Percerou, n° 515 ; Escarra et Rault, t. 2, n° 581 ; Rousselet et Patin, n° 5 ; Conseil, p. 97.

l'article 13 de la loi de 1867, modifié par le décret-loi du 29 novembre 1939 ¹.

D'autre part, s'ils veulent procéder à une émission de ce genre, les fondateurs peuvent recourir aux nombreuses combinaisons autorisées par la loi. En premier lieu, ils ont la possibilité de fixer le capital social au chiffre qu'ils considèrent indispensable pour l'avenir, mais échelonner les paiements et n'exiger d'abord que le versement du quart, par exemple ² : ensuite, ils peuvent s'en tenir à un capital très modique et avoir recours à une émission d'obligations pour faire face aux besoins ultérieurs de la société ³ ; enfin, ils peuvent n'émettre initialement que le capital strictement indispensable aux opérations du début et inclure dans les statuts une clause en vertu de laquelle, l'assemblée générale extraordinaire sera autorisée à décider, en remplissant les conditions de majorité prévues par l'article 31 de la loi de 1867 (tout au moins en ce qui concerne les sociétés anonymes), l'augmentation du capital social ⁴.

Thaller et Pic soulignent que cette dernière solution est la meilleure. Ils prétendent en effet que la première combinaison présente l'inconvénient d'entraver la circulation du titre et d'empêcher son classement sur le marché des valeurs, étant donné que les actions non intégralement libérées ne peuvent être libellées au porteur. D'autre part, la seconde solution charge la société du poids mort d'un passif qui peut provoquer l'arrêt de son développement. En revanche, la troisième combinaison réserve l'avenir et en même temps laisse au capital déjà souscrit toute la flexibilité financière dont il a besoin ⁵.

7. — Réduction du capital en cas d'échec partiel de la souscription.

On peut se demander ce qu'il arrive lorsqu'une partie des actions restant sans preneur, la souscription du capital social n'est pas complète, et que les fondateurs décident de réduire ce capital en le fixant au montant des actions déjà souscrites. Une telle opération est-elle valable ?

Il est évident, en raison du principe de souscription intégrale, que si le capital initialement prévu n'est pas entièrement souscrit, la société ne peut être constituée et que les souscriptions réalisées doivent être tenues pour nulles et non avenues ; dès lors, tout souscripteur aura le droit de demander la restitution de sa mise, aux termes de l'article premier de la loi de 1867, tel qu'il a été modifié par le décret-loi du 31 août 1937.

¹ Rousselet et Patin, *op. cit.*, n° 5 ; Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 581.

² Thaller et Pic, t. 2, n° 884.

³ Mêmes auteurs, *ibidem*.

⁴ Mêmes auteurs, *ibidem*.

⁵ Mêmes auteurs, *ibidem*.

Toutefois, les personnes ayant déjà souscrit peuvent se mettre d'accord et constituer la société avec le capital réellement versé. Cette décision doit être prise à l'unanimité des actionnaires¹. Mais si cette unanimité fait défaut, n'est-il pas possible d'insérer dans les statuts une clause autorisant la réduction du capital au montant effectivement souscrit et prévoyant la constitution de la société au capital réduit moyennant une décision de la majorité prévue à l'article 4 de la loi de 1867 ?

Une telle clause est parfaitement licite et la Cour de cassation² l'a admise dans plusieurs de ses arrêts, aussi bien dans le cas de constitution d'une société que dans celui d'une augmentation de capital par émission d'actions nouvelles. Mais alors, il est nécessaire de renouveler les formalités de publicité et de dépôt et, en particulier, de rédiger une nouvelle déclaration notariée dont l'exactitude devra être vérifiée par l'assemblée constitutive³.

C. Les souscriptions doivent être sérieuses et non fictives.

La souscription intégrale du capital social a pour deuxième conséquence que les souscriptions doivent être réelles et sérieuses, ce qui se justifie par la sûreté des créanciers sociaux et l'intérêt même des associés. Par conséquent, pour que la souscription soit intégrale, il faut que chaque associé soit conscient des obligations qui découlent de son entrée dans la société; il doit être disposé à les exécuter et l'on peut dire que celui qui souscrit une action avec l'intention d'échapper aux obligations qui sont la conséquence normale de son engagement n'a pas « *l'affectio societatis* » qui est une condition de validité du contrat de société, et ceci de l'avis de certains auteurs⁴.

Aussi, pour ces auteurs, la souscription doit être considérée comme fictive lorsqu'elle est effectuée par une personne qui n'a pas l'intention d'exécuter les obligations qui résultent de la qualité d'associé⁵. Escarra

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 885; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 523; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 694; Thaller et Percerou, n° 515; Rousselet et Patin, n° 6; Thaller, note sous D. 1905.2.409.

² Cass. 23 mai 1886, D. 1887.1.379; cass. 13 novembre 1907, D. 1909.1.65, voir également note Thaller sous D. 1905.2.409; Rousselet et Patin, n° 6; Thaller et Pic, t. 2, n° 885; Thaller et Percerou, n° 515; Houpin et Bosvieux, n° 523; Wahl, note sous S. 1906.2.1, et *augmentation du capital*, n° 43.

³ Rousselet et Patin, n° 6.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, n° 564; sur le critère de « *l'affectio societatis* », voir Rousselet et Patin, n° 17 s.

⁵ Thaller et Pic, t. 2, n° 820; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 527; Rousselet et Patin, *op. cit.*, n° 6; Pic, *de la simulation dans les actes juridiques et particulièrement dans le droit des sociétés*, D.H. 1935, chronique, p. 33; Escarra et Rault, n° 564.

et Rault ajoutent ¹ qu'il est nécessaire « aussi bien pour des raisons d'ordre juridique que dans l'intérêt de l'épargne et du crédit d'exiger de tous les souscripteurs qu'ils soient animés de *l'affectio societatis* ». Cette opinion nous paraît inadmissible surtout dans les sociétés anonymes qui sont de « pures abstractions capitalistes ». Elles sont obligatoirement constituées en dehors de toute considération de personnes ². La personnalité du souscripteur est à l'arrière plan, sa volonté d'associé est remplacée « par le fait matériel (et suffisant) d'un engagement et d'un versement. Le *corpus* déborde sur l'*animus* au point d'en absorber la substance » ³. Dès lors, l'exigence de *l'affectio societatis* chez le souscripteur dans les sociétés anonymes doit être écartée. Car, ce qui est important dans les sociétés anonymes, c'est que le capital soit intact, peu importe l'intention du souscripteur. L'essentiel c'est le résultat et non l'intention ⁴. Peu importe la volonté spéculatrice ou la complaisance du souscripteur, peu importe ses arrière-pensées, l'essentiel est que le capital soit intact et qu'il soit intégralement versé. Ce principe est confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 26 février 1937 ⁵. Il en résulte que *l'affectio societatis* disparaît dans la société anonyme. *L'animus societatis* est exigée d'un souscripteur, mais elle est différente de celle qui peut être exigée d'un associé en nom ou même en commandite. Le souscripteur peut donc, en cas de société par actions qui ne prévoit pas dans ses statuts de clauses restrictives sur la négociabilité des actions, être considéré comme un spéculateur ⁶.

Celui qui souscrit des actions d'une société anonyme peut être un homme de paille. La jurisprudence ⁷ a admis que des conventions passées en dehors de la société et par lesquelles l'un des contractants garantit le souscripteur contre tous les risques de perte qu'il court à la suite de son engagement dans la société, sont tout à fait licites. La jurisprudence admet également les prête-noms ⁸. Mais le prête-nom s'oblige personnellement et le souscripteur réel ⁹ s'obligera également à la condition que soit fournie la preuve de l'existence d'une convention

¹ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 564.

² Copper Royer, *traité des sociétés anonymes*, n° 14.

³ Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 639.

⁴ Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 693 s, également revue spéciale 1936, p. 14; Wahl, *précis*, n° 469.

⁵ 26 février 1937, revue spéciale 1937, p. 389.

⁶ Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 639.

⁷ Paris 9 mai 1931, J.S. 1933, p. 408, 10 janvier 1938; Rev. spéc. 1938, p. 275, Req. 18 novembre 1895, D. 1896.1.34.

⁸ Le prête-nom est personnellement tenu de ses engagements envers la société. Paris, 5 décembre 1883, D. 1884.2.79; Toulouse, 18 janvier 1887, D. 1887.2.131; Lyon, 16 novembre 1925, D.H. 1927, p. 151; Copper Royer, *traité des sociétés*, t. 2, p. 639.

⁹ Req. 8 août 1876, D. 1878.1.131.

entre ces deux derniers personnages. La jurisprudence a également admis la souscription par un syndicat ¹, dans lequel le gérant est un mandataire qui ne manifeste pas l'intention d'être associé personnellement, mais pour le compte de tiers qui souvent n'apparaîtront pas. C'est son nom qui figurera et c'est lui seul qui aura accès à l'assemblée constitutive, il sera en quelque sorte l'actionnaire apparent.

Cela prouve que *l'animus societatis* est considérablement restreint dans la pratique. Il correspond en réalité à un pur fait matériel, suffisant : un versement intégral. La Cour de Paris ² a admirablement confirmé ce fait en jugeant que l'adhésion qu'un actionnaire donne dans une société de capitaux ne prend son importance définitive que par les versements que fait le souscripteur, ou que celui-ci s'oblige à faire. Peu importe son état d'âme, peu importe sa volonté spéculatrice ou complaisante, peu importe ses arrière-pensées. Tout cela n'a pas d'importance, l'essentiel est que le capital soit intact.

De toute façon, depuis le décret-loi du 31 août 1937, on ne saurait imaginer de souscription fictive sans la complicité du notaire ³ qui reçoit la déclaration notariée de souscription et de versement et qui est dans l'obligation de se faire présenter les reçus des versements effectués à la Caisse des dépôts et consignations ou chez un autre notaire.

Le caractère fictif ou réel de la souscription est une question de fait qui doit être tranchée souverainement par le juge de fait ⁴.

Enfin, il ne faut pas confondre la souscription fictive nulle ⁵ avec la souscription simulée mais réelle dont l'auteur cherche par ce moyen de cacher provisoirement son identité. Ce dernier genre de souscription est valable à condition, bien entendu, qu'il ne constitue pas une fraude ⁶, sinon il serait trop aisé de faire passer une souscription fictive pour une souscription simulée.

Enfin nous déduisons de la jurisprudence qu'on doit considérer comme réelles et non fictives :

1) la souscription faite par prête-nom ⁷;

¹ Paris, 9 janvier 1932, S. 1934.2.7, 28 avril 1887, D. 1888.2.105.

² Paris, 26 février 1937, rev. spéc. 1937, p. 389.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 592; Ripert, n° 960.

⁴ Cass. 3 juillet 1914, J.S. 1916, p. 76; 3 novembre 1927, J.S. 1928, p. 561; Req. 1936, Gazette du Palais, 1936.1.58.

⁵ Bosvieux, note sous Paris, 26 février 1937, J.S. 1937, p. 670-671; Pic, D.H. 1935, chronique, p. 34.

⁶ Bosvieux, note sous Paris, 26 février 1937 précité.

⁷ Paris, 26 février 1937, J.S. 1937, p. 670, 16 novembre 1925, J.S. 1927, p. 151, Req. 22 octobre 1906, D. 1908.1.193, note Thaller, S. 1909.1.521, note Percerou; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 592; Ripert n° 960; Copper Royer, *traité des sociétés*, p. 641; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 655; Thaller et Pic, t. 2, n° 972; Escarra et Rault, t. 2, n° 566. *Contra*, Rouen, 26 juillet 1912, J.S. 1913, p. 265; Paris, 20 juin 1907, J.S. 1907, p. 503; Rousselet et Patin, n° 19; Moreau, t. 1, n° 366.

- 2) la souscription libérée par des fonds empruntés ¹;
- 3) la souscription au nom d'un incapable libéré de versement légal ²;
- 4) la souscription faite par des employés des fondateurs ³.
- 5) la souscription faite par une personne qui a un nombre d'actions dont le montant dépasse sa fortune personnelle ⁴;
- 6) la souscription faite par un insolvable.

L'insolvabilité n'influe pas sur la validité de la souscription et ne suffit pas à elle seule à caractériser la souscription comme fictive ⁵.

- 7) la rétrocession immédiate des actions souscrites ne suffit pas à caractériser la souscription comme fictive ⁶.

L'existence de souscriptions fictives entraîne la nullité de la société ⁷, puisqu'elles affectent le principe de souscription intégrale du capital social, mais depuis la promulgation du décret-loi du 30 octobre 1935, l'article 8 de la loi de 1867, modifié par l'article 3 de la loi de 1893 et par le décret-loi du 8 août 1935, stipule que l'action en nullité de la société est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister; dès lors, si les souscriptions fictives sont régularisées par des souscriptions réelles, la nullité de la société ne pourra être demandée ⁸. Toutefois, cette circonstance n'affecte en rien le principe et même lorsque la nullité de la société ne peut plus être demandée, les sanctions prévues aux articles 13 et 14 de la loi de 1867 sont applicables au délit d'émission ou de négociation des titres dont il s'agit ⁹.

D. Les souscriptions doivent être fermes et irrévocables.

Le principe de l'irrévocabilité, conséquence logique de la règle de la souscription intégrale du capital social, édictée dans l'intérêt de la société et, à plus forte raison, dans celui des actionnaires et des créanciers sociaux, exclut toutes les combinaisons qui exonèrent le souscrip-

¹ Paris, 26 février 1937 précité; Lyon, 6 mars 1912, D. 1915.2.25, note Chéron, S. 1913.2.129, note Wahl. Cass. 20 novembre 1888. S. 1891.1.12, D. 1890.1.157.

² Cass. 3 juillet 1914, J.S. 1916, p. 76; Moreau, n° 363.

³ Paris, 22 avril 1891, D. 1893.2.65; Lyon, 26 février 1903, D. 1909.2.347; *contra*, Rouen, 26 juillet 1912 précité; Nîmes, 20 mars 1903, J.S. 1903, p. 498; Req. 17 décembre 1894, S. 1895.1.13.

⁴ Lyon, 6 mars 1912, J.S. 1915, p. 105; Moreau, *op. cit.*, t. 1, n° 366.

⁵ Le Havre, 17 janvier 1912. J.S. 1914, p. 314; 26 février 1937 précité; Lyon, 6 mars 1912 précité; Aix, 23 juin 1904, J.S. 1905, p. 316.

⁶ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° n° 569, *contra*. Rousselet et Patin, n° 46.

⁷ Moreau, t. 1, n° 366; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 527; Conseil, p. 98; Escarra et Rault, t. 2, n° 564; Thaller et Pic, t. 2, n° 890; Pic, D.H. 1935, chronique p. 34; Bosvieux, note sous Paris, 26 février 1937, J.S. 1937, p. 670.

⁸ Escarra et Rault, *loc. cit.*, t. 2; Conseil, p. 99.

⁹ Escarra et Rault, *loc. cit.*, t. 2.

teur de tout ou partie des obligations résultant de la souscription ¹. Cette solution entraîne les conséquences suivantes :

1. *Interdiction des souscriptions conditionnelles :*

Le souscripteur ne peut faire dépendre l'exécution de son obligation de la réalisation d'une condition, qu'il s'agisse d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire ². De même, il ne peut subordonner son engagement à l'octroi d'un emploi dans la société ³, à l'imputation de sa dette sur la valeur des fournitures qui lui seront achetées par la société, à l'obligation, pour cette dernière, de lui confier certains travaux ou certaines fournitures, à la transformation des actions en obligations, à la constitution d'un syndicat en vue de la revente des actions ⁴, etc. Il est donc généralement admis — et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens — que la souscription est pure et simple; si elle est faite sous condition, celle-ci est réputée non écrite ⁵. Dans un tel cas, le souscripteur peut faire valoir son droit à des dommages-intérêts contre le fondateur qui a fait la promesse ⁶. A ce sujet, Rousselet et Patin affirment ⁷ : « Certaines conditions, soit par leur nature, soit par leur importance, sont telles qu'elles permettent de douter de la sincérité du souscripteur. En ce cas, la nullité de la société est encourue et l'émission des actions devient délictueuse. » Par exemple, doivent être tenues pour fictives « les souscriptions faites sous la condition que la société ne procéderait pas à l'appel des trois derniers quarts » ⁸.

2. *Nullité des conditions octroyant au souscripteur la restitution de tout ou partie de sa mise :*

Est nulle et réputée non écrite toute condition selon laquelle les souscripteurs auront droit à la restitution de tout ou partie de leur mise après la constitution définitive de la société ⁹. Une telle condition

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 526; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 689; Escarra et Rault, t. 2, n° 575.

² Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 689; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 526; Escarra et Rault, t. 2, n° 576; Moreau, t. 1, n° 365; Cass. 14 décembre 1869, D. 1870.1.179.

³ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Tribunal civil Seine, 30 décembre 1907, J.S. 1909, p. 71.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Cass., 22 novembre 1869, D. 1870.1.22.

⁵ Thaller et Pic, t. 2, n° 891; Thaller et Percerou, t. 1, n° 517; Houpin et Bosvieux, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Rousselet et Patin, n° 10; Trib. com. Lyon, 9 mars 1906, J.S. 1907, p. 175.

⁶ Mêmes auteurs.

⁷ Rousselet et Patin, n° 10.

⁸ Rousselet et Patin, *ibidem*.

⁹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 689; Rousselet et Patin, n° 9; Escarra et Rault, n° 578.

pourrait même entraîner la nullité de la souscription au cas où elle conférerait à cette dernière le caractère d'une souscription fictive ¹.

3. *Nullité des conventions qui ont pour objet d'exonérer le souscripteur de l'obligation de libérer ses actions* ² : de telles conventions seraient contraires au principe de la souscription intégrale du capital social.

4. *Nullité des conventions permettant à la société de racheter ses propres actions* :

Cette opération est impossible lors de la constitution d'une société puisque cela violerait le principe de l'intégralité de la souscription. Cependant, au cours de la vie sociale, la société a le droit de racheter ses propres actions, pourvu qu'elle possède des réserves suffisantes pour faire face à cette opération ³.

Deuxième section

DE LA CAPACITÉ DU SOUSCRIPTEUR ET DE SON CONSENTEMENT

La capacité et le consentement du souscripteur sont deux éléments constitutifs de la validité du contrat de souscription; il est nécessaire, en effet, que la souscription émane d'une personne capable et que l'acceptation de cette dernière ne soit entachée d'aucun vice de consentement.

Pour que le contrat de souscription soit valable, deux autres conditions, mis à part la capacité et le consentement du souscripteur, sont encore nécessaires : un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une clause licite de l'obligation (article 1108 du Code civil).

En outre, la souscription, pour être valable, doit satisfaire aux dispositions de l'article premier de la loi de 1867.

Dans la présente section, nous examinerons seulement les conditions relatives à la capacité et au consentement du souscripteur, l'objet et la cause de l'engagement ne présentant pas de difficultés particulières. L'objet qui forme la matière de l'engagement ne doit pas être contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, et doit se

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 578.

² Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; également Rousselet et Patin, n° 9.

³ Escarra et Rault, t. 2, n° 579; Rousselet et Patin, *loc. cit.*

conformer aux dispositions des articles 1108, 1128 et 1129 du Code civil. Quant à la cause, « elle réside dans la volonté d'aboutir à la constitution définitive de la société avec toutes les conséquences qu'elle comporte »¹. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (article 1103 du Code civil).

1. *La capacité du souscripteur.*

L'exigence de la capacité du souscripteur est une conséquence tirée de la disposition légale relative à l'intégralité du capital social; comme nous l'avons déjà dit, en effet, pour que cette exigence légale soit respectée, il faut que les souscriptions soient sérieuses, fermes et irrévocables, et qu'elles émanent de personnes capables; par conséquent, l'incapacité ne vicie pas seulement l'engagement du souscripteur, mais a également pour effet d'annuler la société, sous réserve de la régularisation prévue par le décret-loi du 30 octobre 1935.

Pour apprécier la capacité du souscripteur, il faut distinguer soigneusement suivant que les actions doivent ou non être intégralement libérées dès l'origine².

A. — *Lorsque les actions doivent être intégralement libérées dès l'origine*, la souscription constitue un emploi de fonds, et la capacité exigée du souscripteur est celle qui est requise pour mener à bien les actes d'administration. Nous allons examiner les conséquences qui découlent de ce principe :

Le mineur est incapable de souscrire personnellement³, mais le père qui a l'administration légale des biens de son enfant mineur, peut souscrire au nom de celui-ci, des actions entièrement libérées, sans aucune autorisation⁴.

Il en est de même pour le tuteur du mineur qui peut également souscrire des actions, pour autant que les fonds qui doivent servir à la libération desdites actions résultent de revenus excédentaires⁵, mais si les capitaux mis à la disposition du tuteur proviennent d'une autre source, il devra demander l'autorisation du conseil de famille, et si le

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 595.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 558; Escarra et Rault, t. 2, n° 596; Conseil, p. 84; Hourtoulle n° 123; Moreau, t. 1, n° 372.

³ Escarra et Rault, t. 2, n° 597.

⁴ Escarra et Rault, *ibidem*; Moreau, t. 1, n° 372.

⁵ Moreau, t. 1, n° 372; Escarra et Rault, t. 2, n° 597.

montant souscrit dépasse 75 000.— francs, l'autorisation du conseil de famille devra être homologuée par le tribunal ¹.

Lorsque le mineur est émancipé du vivant de ses père et mère, au cours de la tutelle ou par mariage, il a le pouvoir de souscrire des actions sans aucune limitation de sommes et sans l'assistance du curateur, pour autant qu'il s'agisse de l'emploi de ses revenus. Mais s'il s'agit du placement de capitaux, il ne peut en aucune façon souscrire sans l'assistance de son curateur ². Cependant, si le mineur émancipé a l'autorisation de faire du commerce, il peut valablement effectuer une souscription lorsqu'elle entre dans le cadre de son commerce, sans l'assistance de son curateur ³.

Le tuteur de l'interdit a les mêmes pouvoirs que celui du mineur ⁴. Le prodigue et le faible d'esprit ne peuvent pas souscrire sans l'assistance de leur conseil judiciaire ⁵.

Quant à la femme mariée, si elle vit sous le régime de la séparation de biens, elle peut souscrire librement. Il en est de même pour la femme mariée sous le régime dotal, en ce qui concerne ses biens paraphernaux (article 1576 du Code civil) ⁶ et pour la femme séparée de corps ⁷. Tel est le cas également de la femme marchande publique qui peut souscrire des actions pour les besoins de son commerce, aux termes de l'article 5 du Code de commerce. Mais la femme commune en biens ne peut souscrire des actions sans l'autorisation de son mari puisque, dans ce cas, c'est lui qui a le pouvoir d'administration des biens communs. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'en vertu des articles 217 et 219 du Code civil, la femme mariée peut être autorisée par la justice, lorsque son mari est hors d'état de manifester sa volonté, ou que son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, à prendre en mains l'administration des biens communs.

B. — *Lorsque les actions ne sont pas intégralement libérées lors de la constitution de la société*, la souscription comporte l'engagement de libérer le montant des quarts restant dus et dès lors, la capacité exigée de la part du souscripteur est celle qui est nécessaire pour exécuter un emploi de fonds et pour s'obliger ⁸, ce qui nous amène à tirer les conséquences suivantes :

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 597; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 593.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 597; Moreau, t. 1, n° 372.

³ Moreau, t. 1, *loc. cit.*

⁴ Moreau, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

⁵ Mêmes auteurs.

⁶ Mêmes auteurs et Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 558.

⁷ Moreau, *loc. cit.*

⁸ Houpin et Bosvieux, t. 1, *loc. cit.*, n° 558; Moreau, t. 1, n° 372; Escarra et Rault, t. 2, n° 598; Conseil, p. 85; Copper Royer, t. 1, n° 43.

En ce qui concerne le mineur, il ne peut souscrire puisqu'il n'a pas le pouvoir de s'obliger ¹. Le père qui a l'administration légale ne peut souscrire au nom de son enfant mineur qu'avec l'autorisation du Tribunal civil statuant sur requête en chambre du conseil, lorsque la souscription excède 75 000.— francs (article 389 du Code civil, modifié par les lois du 6 avril 1910 et du 27 août 1948) ². Il en est de même pour le tuteur qui doit avoir l'autorisation du conseil de famille dont la délibération doit être homologuée par le tribunal lorsque la souscription excède 75 000.— francs (loi du 27 août 1948) ³.

Quant au mineur émancipé, il doit requérir les mêmes autorisations, sauf lorsqu'il a été autorisé à faire du commerce et que la souscription fait partie de son activité commerciale, auquel cas, conformément à l'article 487 du Code civil, il est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce ⁴.

Le prodigue et le faible d'esprit ne peuvent souscrire qu'avec l'assistance de leur conseil judiciaire ⁵.

En ce qui concerne la femme mariée, les conditions sont les mêmes que dans le cas de souscription d'actions intégralement libérées lors de la constitution de la société.

Cas où une société souscrit des actions d'une autre société.

Toute société civile ou commerciale peut, en raison de sa personnalité morale, souscrire des actions intégralement ou partiellement libérées d'une société anonyme ⁶, la seule réserve étant que la souscription doit nécessairement être effectuée par une personne physique (administrateur, gérant, directeur général) ayant qualité et pouvoir à cet effet ⁷. D'autre part, pour que la souscription de la société, qui veut devenir actionnaire d'une autre société, soit valable, il est nécessaire que l'objet de la société nouvelle soit conforme à l'une au moins des activités qui caractérisent l'objet de la première ⁸. Il faut mentionner une autre restriction à propos de la souscription par une société des actions d'un autre groupement : il s'agit de la prohibition des participations réciproques ⁹, prévue par la loi du 4 mars 1943 dont

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 598.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 598; Moreau, t. 1, n° 372.

³ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Moreau, t. 1, *loc. cit.*

⁴ Mêmes auteurs.

⁵ Mêmes auteurs.

⁶ Escarra et Rault, t. 2, n° 598; Moreau, t. 1, n° 372; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 593.

⁷ Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*; Moreau, t. 1, *loc. cit.*

⁸ Escarra et Rault, t. 2, n° 599.

⁹ Cf. à ce sujet Bosvieux, *La nouvelle loi du 4 mars 1943 sur les sociétés par actions*, J.S. 1943, p. 1 (notamment p. 19 s); voir également Mazeaud, *Les effets de*

l'article 8 stipule : « Toute société, dont une fraction du capital social, égale ou supérieure à 10 pour cent, est la propriété d'une autre société, ne peut posséder des actions de cette dernière société. »

L'interdiction des sociétés entre époux n'est pas applicable aux sociétés anonymes ¹; deux époux peuvent donc souscrire des actions de la même société.

La nullité de la souscription pour cause d'incapacité ne peut être invoquée par l'incapable lui-même. La prescription de l'action en nullité, aux termes de l'article 1304 du Code civil, est de dix ans.

2. *Le consentement du souscripteur.*

Pour que la souscription soit valable, elle doit être effectuée en toute connaissance de cause; en d'autres termes, elle ne doit pas être donnée par erreur, ni extorquée par la violence ou surprise par dol (article 1109 du Code civil).

En matière de vices du consentement dans les sociétés anonymes, le cas le plus important à nos yeux est celui du dol, puisque l'erreur ou la violence se rencontrent rarement dans la constitution desdites sociétés.

L'erreur est considérée comme une cause de nullité de la souscription lorsqu'elle affecte la nature même de la souscription (article 1110 du Code civil).

La violence est une cause de nullité lorsqu'elle est suffisamment grave pour inspirer au souscripteur la crainte d'exposer sa personne ou ses biens à un mal considérable et immédiat (articles 1111-1115 du Code civil).

Des cas de dol se produisent assez fréquemment, dans les sociétés anonymes, en cas d'augmentation du capital social.

Escarra et Rault ² disent : « Il convient d'ailleurs de souligner que les manœuvres dolosives se rencontrent plus fréquemment lorsque la société procède en cours de la vie sociale à une augmentation de capital que lorsqu'il est procédé à sa constitution. La raison en est que la société elle-même sert de point de départ aux manœuvres dolosives. Le procédé classique consiste, pour favoriser le placement de l'augmentation de capital, à distribuer des dividendes fictifs ou à publier de faux bilans. » Le dol est caractérisé et devient une cause de nullité de la

l'interdiction des participations réciproques sur les acquisitions, souscriptions et distributions d'actions, J.S. 1944, p. 81 s; Escarra et Rault, t. 2, n° 599.

¹ Ripert, n° 944; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 593; Moreau, t. 1, *loc. cit.*

² Escarra et Rault, t. 2, n° 600.

souscription lorsque les manœuvres pratiquées par les fondateurs, ou en cas d'augmentation du capital social, par les administrateurs, sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres le souscripteur n'aurait pas souscrit ¹ (article 1116 du Code civil). En outre, conformément au deuxième alinéa du même article, le dol doit être prouvé puisqu'il ne se présume pas. L'appréciation des faits desquels résulte le dol est du ressort des juges du fond.

La nullité pour cause de dol est une nullité relative : elle ne peut être invoquée que par les intéressés contre l'auteur des manœuvres dolosives et ne peut en tout cas être opposée aux créanciers sociaux ni même au syndic ou liquidateur qui doit réaliser l'actif afin de désintéresser les créanciers ².

En vertu de l'article 1117 du Code civil, la souscription effectuée par erreur ou sous l'empire de la violence ou du dol, n'est pas nulle de plein droit; elle donne simplement lieu à une action en nullité qui se prescrit par dix ans à dater du jour où la violence a cessé et, dans les cas de dol ou d'erreur, à partir du jour où ils ont été découverts (article 1304 du Code civil).

Enfin, signalons que les souscripteurs trompés par les manœuvres dolosives des fondateurs ou des représentants de la société ont un recours contre tout co-auteur ou complice ³.

¹ Cass., 23 décembre 1912, J.S., 1913, p. 304; Lyon, 6 mars 1902, J.S. 1903, p. 171; Seine, 4 juin 1918, J.S., 1918, p. 271; Paris, 9 juillet 1928, J.S., 1929, p. 669.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 525; Moreau, t. 1, n° 364; Seine, 13 juin 1894, rev. soc. 1894, p. 456.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, n° 601.

Chapitre III

PLACEMENT DES TITRES

Le placement des titres a pour but de mettre à contribution les capitaux privés pour la fondation d'une société anonyme. Le plus souvent ce sont les banques qui répandent cet appel dans le public, car elles sont les mieux placées pour fournir les capitaux. Ces capitaux appartiennent soit à des particuliers, soit aux banques elles-mêmes¹. Dans le premier cas, les banques prêtent simplement leurs guichets et servent de mandataires pour solliciter la clientèle, dans le second, elles souscrivent personnellement. Dans le cas d'une société où le capital est très élevé, les risques sont trop lourds pour une seule banque et il se forme alors ce qu'on appelle des « syndicats » financiers².

Section I

LES MODALITÉS DE PLACEMENT

A. *Les prospectus de placement.*

La souscription publique exige la mise en œuvre d'une certaine publicité. Il y a lieu de préciser qu'elle n'est pas obligatoire, mais s'il en est fait emploi, elle doit être conforme aux prescriptions légales (décret-loi du 8 août 1935 sur le démarchage).

La loi du 30 janvier 1907, article 3, s'emploie à la réglementation des émissions, mises en vente, introductions sur le marché d'actions, d'obligations ou de titres offerts au public. Cette loi ne vise que les souscriptions publiques et non pas les souscriptions privées. Elle porte également sur la réglementation des affiches et prospectus qui doivent

¹ Hamel et Lagarde, t. 1, *op. cit.*, n° 600.

² Hamel et Lagarde, t. 1, n° 601.

contenir les mêmes mentions que celles qui figurent dans la notice insérée obligatoirement lors d'une souscription publique, à une annexe du journal officiel appelé (B.A.L.O.), à la charge des sociétés financières.

« La notice est la déclaration faite par les fondateurs qu'ils se proposent de constituer une société anonyme. La volonté des fondateurs prend corps par cette formalité légale qui est le premier acte de la constitution. » ¹

La notice est publiée dans le « Bulletin des annonces légales obligatoires », annexe du journal officiel et connu sous le nom de B.A.L.O. (loi du 30 janvier 1907, article 3).

Les mentions principales sont les suivantes :

- 1) dénomination de la société ou raison sociale;
- 2) indication de la législation sous le régime de laquelle fonctionne la société;
- 3) siège social;
- 4) objet de l'entreprise;
- 5) durée de la société;
- 6) montant du capital social; taux de chaque catégorie d'actions et capital non libéré;
- 7) dernier bilan certifié pour copie conforme.

Il s'est avéré dans la pratique que ces dispositions étaient insuffisantes et que fréquemment des renseignements faux étaient insérés dans cette notice. Pour remédier à cet état de choses, une nouvelle loi a été élaborée : le décret-loi du 8 août 1935 sur le démarchage. L'article 10 : « Tout prospectus distribué ou reproduit, sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet de solliciter l'achat ou la souscription de valeurs de sociétés françaises ou étrangères... » La première question qui se pose est de savoir ce qu'il ² faut entendre par « tout prospectus distribué ou reproduit sous quelque forme que ce soit » ? Il s'agit de tout prospectus envoyé à domicile, présenté à une banque, inséré dans une affiche ou dans un journal, c'est-à-dire, tout prospectus présenté au public ³.

Le prospectus indique le nom du fondateur et il reproduit les mentions de la notice avec l'indication de sa publication (D.L. 8 août 1935, art. 10 et 11 C. imp. art. 253).

¹ Ripert, n° 937.

² Hourtoulle, *op. cit.*, n° 25.

³ Même auteur.

B. *Interdiction du colportage* ¹.

La vente de valeurs mobilières au domicile privé des acquéreurs éventuels est interdite par le décret-loi du 8 août 1935. Le colportage de valeurs mobilières constitue un délit pénal qui est réalisé si les conditions suivantes sont réunies :

- 1) les titres offerts doivent être des valeurs mobilières;
- 2) ces titres doivent être offerts au domicile des particuliers;
- 3) la livraison doit être opérée immédiatement contre paiement en argent, sans quoi il y aurait démarchage et non colportage.

C. *Le démarchage*.

Le démarchage consiste dans l'offre faite par le démarcheur au domicile des clients en sollicitant des ordres pour la souscription, l'achat ou la vente des valeurs mobilières ². Cette profession est réglementée par un décret-loi du 30 octobre 1935, complété par un règlement d'administration publique du 28 avril 1937 qui pose les conditions suivantes à l'exercice de cette profession :

- 1) le démarcheur doit être de nationalité française;
- 2) le démarcheur ne doit pas être interdit d'exercer la profession de banquier;
- 3) il ne doit être employé que par une seule banque.

Tout démarcheur doit être porteur d'une carte d'emploi délivrée par le banquier. Les banquiers sont civilement responsables de toutes les opérations réalisées par leurs intéressés directs (art. 1384 du Code civil). Le démarcheur est donc un mandataire exprès de la banque.

Le décret-loi du 8 août 1935 interdit le démarchage dans les cas suivants :

- 1) pour l'obtention de la participation à des syndicats pratiquant des opérations boursières;
- 2) pour des opérations à terme sur les banques étrangères;
- 3) pour les placements de valeurs étrangères non garanties par l'Etat étranger;
- 4) pour les valeurs émises par les sociétés françaises qui n'ont pas encore établi deux bilans ou qui ne sont pas cotées sur un marché officiel.

¹ Ripert, n° 1570; Lecomte, *Le colportage*, J.S. 1938, p. 641.

² Ripert, *op. cit.*, n° 1571.

Il découle de ce qui précède que l'activité des démarcheurs est réduite aux opérations sur valeurs mobilières françaises cotées sur les banques françaises.

Section II

LES DIFFÉRENTS RÔLES DES BANQUES DANS LA SOUSCRIPTION

A. *Les rôles des banques dans la souscription.*

Les banques, en plus des opérations ordinaires (escompte, avances sur titres, paiement de coupons, dépôts de fonds, lettres de crédit, etc.), s'occupent de toutes celles relatives aux valeurs mobilières et en particulier aux souscriptions de ces dernières. Il existe d'ailleurs des banques spécialisées uniquement dans la souscription d'actions. Mais la souscription d'actions comporte des risques d'autant plus grands que les capitaux engagés sont importants. Pour répartir ces risques, les banques ont formé des unions de banquiers appelés syndicats d'émission. Grâce à leur remarquable organisation et à leurs succursales elles ont un contact avec le public dans tout le pays. Pour comprendre la pratique des syndicats d'émission, il faut étudier comment sont introduits de nos jours les titres sur le marché public et l'on constate en premier lieu que les cas sont rares où les opérations de quelque importance sont entreprises sans l'aide des syndicats d'émission.

Dans les cas où les fondateurs souscrivent toutes les actions, opération que la doctrine allemande a appelé « fondation simultanée », les fondateurs n'ont pas toujours l'intention de garder en portefeuille toutes les actions qu'ils ont dû souscrire. Ils échangent contre des actions l'apport de leurs brevets, usines ou contrats, mais ne disposant pas d'argent liquide, ils ont dû s'adjoindre un ou plusieurs établissements financiers qui couvrent la majeure partie du capital. La formation d'un syndicat d'émission est donc la conséquence inévitable de la fondation simultanée.

En cas de fondation successive, il se forme pratiquement toujours un syndicat de garantie qui s'engage à souscrire les titres qui ne l'ont pas été dans le public.

¹ Le Roy, *Les syndicats d'émission*, thèse, Paris 1914, p. 89.

En cas d'augmentation du capital, à côté des actionnaires, les syndicats financiers interviennent autant qu'en cas de fondation d'une société ¹.

L'intervention des syndicats financiers aussi bien lors de la constitution de la société que lors de l'augmentation de son capital a un effet favorable sur les souscripteurs privés pour qui la présence des banques constitue une garantie.

On entend donc par syndicat d'émission ou de placement, une association de banquiers liés par une convention ² qui les oblige à se répartir les titres à souscrire ou à introduire dans le public des valeurs mobilières non placées ³.

B. *Différents rôles joués par les syndicats financiers.*

a) *Rôle de placement des actions.*

Dans ce cas, le syndicat est le mandataire ⁴ de la société émettrice, il s'emploie à chercher des souscripteurs pour les titres. En contrepartie, il touche une commission dite de placement.

b) *Rôle de souscripteur (rôle de prise ferme).*

Dans ce cas le syndicat souscrit lui-même une partie d'actions ou la totalité. Cela ne l'empêche pas, peut-être, de les réaliser dans sa clientèle, il ne touche pas de commission de la société, il peut simplement vendre les actions à un cours supérieur à celui de la souscription.

c) *Rôle de garantie.*

Le syndicat est constitué pour la garantie du placement d'une partie ou de tous les titres d'une société en train de se fonder ou d'augmenter son capital. Le syndicat s'engage à écouler toutes les actions, sinon il les souscrira lui-même. La commission (commission de banques que le syndicat reçoit comme une rémunération du service rendu à la société) est divisée en deux parties : l'une à titre de rémunération pour le placement, l'autre pour compenser le risque de garantie.

¹ Le Roy, *op. cit.*, p. 89.

² Escarra, J., *Principes de droit commercial*, t. 6, n° 873.

³ Le Roy, *op. cit.*, p. 5.

⁴ Hourtoulle, *op. cit.*, n° 39.

La répartition des actions non placées entre les membres du syndicat.

Comme nous venons de le dire, le syndicat qui joue le rôle de prise ferme ou de garantie souscrit lui-même les actions non placées. La répartition des actions non placées entre les membres du syndicat se réalise par les deux procédés suivants ¹ :

a) syndicat à la Lyonnaise;

b) syndicat à la Parisienne;

dans le procédé à la Lyonnaise, tout les membres du syndicat souscrivent les actions non placées, jusqu'à concurrence de leurs parts, ce procédé présente un caractère individualiste.

Dans le procédé à la Parisienne, les actions non placées sont réparties proportionnellement entre tous les membres du syndicat.

C. Caractère licite du syndicat d'émission ².

Les syndicats d'émission ne sont soumis à aucune réglementation.

Il est donc difficile de dire où s'arrête le caractère licite et où commence l'illicéité des opérations syndicales. La jurisprudence constante a annulé des syndicats pour cause de dol s'ils présentaient un caractère frauduleux ³. On pouvait se demander également si l'article 419 du Code pénal était applicable. Les juges voyaient d'abord d'un mauvais œil la formation des syndicats pris parmi les fondateurs.

Ils pensaient que la concentration des titres entre les mains des premiers fondateurs conduisait à des spéculations néfastes. Mais ils ont vite compris que c'était un fait fatal. Et dès 1881, les tribunaux ont refusé d'appliquer l'article 419 ⁴.

D. Nature juridique du syndicat d'émission.

Nous avons vu plus haut, dans la définition, qu'à la base du syndicat il y a une convention, appelée acte syndical. La question se pose de savoir si cette convention crée ⁵ :

¹ Le Roy, p. 117 s; Hourtoulle, n° 43 s; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 601.

² Hourtoulle, n° 40.

³ Trib. com. Seine, 23 janvier 1924, D.H. 1924, p. 346.

⁴ Seine, 6 juillet 1881, J.S. 1882, p. 69; Trib. com. Lyon, 20 mai 1882, J.S. 1882, p. 409.

⁵ Le Roy, *op. cit.*, p. 176.

- a) ou une société commerciale non publiée;
- b) ou une association en participation.

a) *Le syndicat d'émission est une société commerciale non publiée :*

Il apparaît que le syndicat est véritablement une société, car il y a d'abord cette « affectio societatis » entre tous les syndicaux, puis une participation de tous aux bénéfices et une contribution de tous aux pertes, comme nous allons le voir ci-après, et enfin une mise d'apports en commun.

Mais cette opinion est presque unanimement repoussée par les auteurs. Leur principale objection est qu'il manque la publicité imposée par la loi à toute société commerciale et, ce qui est encore plus important, l'individualisation du capital ¹.

b) *Le syndicat d'émission constitue une association en participation :*

L'absence de fonds social, l'inconnu dans lequel reste le syndicat par rapport aux tiers, l'absence de formalité, l'engagement personnel des participants vis-à-vis de la société, représentent tous les caractères d'une association en participation conformément aux articles 42 et suivants du Code du commerce (rédaction de la loi du 24 juin 1921; décret du 9 août 1953) ².

E. *La commission de la banque.*

Du moment où l'on reconnaît la licéité des syndicats d'émission, il est normal qu'on accorde à toute banque le droit de percevoir une commission, comme dédommagement du service rendu. Mais nous nous empressons d'ajouter que l'octroi de cette commission ne sera possible que si sont remplies les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, relatives à la souscription intégrale du capital social, au versement du premier quart et au blocage des fonds ³.

Nous avons envisagé jusqu'à maintenant le cas du syndicat d'émission qui s'occupe de faire souscrire des actions par le public. Mais qu'en est-il du syndicat qui est preneur ferme, c'est-à-dire souscripteur

¹ Le Roy, *op. cit.*, p. 179.

² Trib. com. Seine, 20 juin 1881, J.S. 1882, p. 588; Paris, 13 mars 1912, Gaz. Parl. 1912.1.689; req. 26 octobre 1938, S. 1939.1.89, et note Rousseau; Paris, 12 décembre 1934, D.H. 1935, p. 89; Lyon, 13 février 1936, J. S. 1936, p. 463.

³ Hourtoulle, *op. cit.*, n° 50.

de toutes les actions ? A-t-il droit à une commission ? Nous ne le pensons pas, car il aura pour conséquence la dérogation au principe de la fixité et de l'intégralité du capital social et au versement du premier quart et par conséquent il aura pour résultat une souscription au-dessous du pair. La Chambre criminelle de la Cour suprême a fait application du principe qu'aucune commission ne doit être allouée au syndicat et la jurisprudence est constante à ce sujet ¹. Nous citons à ce propos l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 21 juin 1935, et son pourvoi en cassation. Nous lisons dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 21 juin 1937 ce qui suit : « Le fait, par une Cour d'appel, de déclarer que les commissions payées à deux souscripteurs d'actions, par personnes interposées, constituent une réduction de 5 % sur le prix des actions, implique que ces commissions ne représentaient pas la rémunération légitime d'un service rendu à la société.

Par suite, la cour a pu à bon droit décider que ce fait constituait le délit d'émission d'actions d'une société dont le capital n'était pas intégralement souscrit, délit prévu par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867. »

Et dans le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix, nous lisons ce qui suit : « ... Attendu qu'en l'état de ces constatations, qui impliquent que les commissions dont il s'agit ne représentaient pas la rémunération légitime d'un service rendu à la société, mais masquaient une souscription d'actions au-dessous du taux d'émission, c'est à bon droit que la Cour d'appel, sans rechercher si les autres prescriptions des articles premier et 3 de la loi du 24 juillet 1867 avaient été respectées, a décidé que le fait par les demandeurs d'avoir émis des actions d'une société dont le capital n'avait pas été intégralement souscrit constitue le délit prévu par l'article 13 de la loi précitée; d'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli. » ²

Si le syndicat ne fait que garantir la souscription de la totalité des titres, il rend service à la société et ce service doit être rémunéré. Cependant, certains auteurs ³ considèrent comme illicite la commission de

¹ Cass. 15 mai 1936, J.S. 1937, p. 536, D.H. 1936, p. 430; Hourtoulle, *op. cit.*, n° 53 et 55; Thaller et Pic, t. 2, n° 887; Escarra et Rault, t. 2, n° 627, p. 84, note 3; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 638; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 700; Escarra, *Principe de droit commercial*, n° 820; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 591. Voir en outre sur la question de la commission de la banque : Cass. 17 juillet 1885, D. 1886.1.273 et note Benoît; Paris, 2 janvier 1906, et note Lecouturier; Lyon, 6 mars 1912, S. 1913.2.129 et note Wahl, D. 1915.2.25 et note Chéron.

² Cass. 15 mai 1936, D.H. 1936, p. 430.

³ Le Roy, *op. cit.*, p. 228; Thaller, *Rapport au congrès juridique international des sociétés par actions de Bruxelles de 1910*, t. 2, p. 9.

garantie. D'autres auteurs ¹ et la jurisprudence ² en général, sont de l'avis contraire.

F. La responsabilité du syndicat.

1. La responsabilité pénale.

Cette responsabilité ne frappe généralement que le gérant du syndicat et les administrateurs de la société émettrice. Il est évident que ces derniers sont poursuivis d'une façon générale en vertu des dispositions du Code pénal relatives aux faux, à l'usage de faux, et à l'escroquerie. Mais il y a lieu d'étudier dans quelles circonstances particulières le gérant du syndicat peut être amené à commettre un délit de ce genre.

a) *Fraudes à l'occasion de la constitution des sociétés.*

Ces fraudes se produisent en général lorsque les fondateurs souscrivent réellement ou fictivement les actions et créent des syndicats pour les écouler ³.

Lorsque les souscriptions sont réelles, elles sont inattaquables ⁴. Mais des fraudes peuvent se dissimuler dans le syndicat. Cela dépend de la composition du syndicat. Lorsqu'il est constitué par les premiers fondateurs de la société, il ne paraît pas que l'on puisse dire que l'écoulement des actions dans le public par le syndicat constitue une émission. Cette constatation est importante étant donné que les articles 13 et 14 de la loi de 1867 qui sanctionne d'amende et éventuellement de prison l'émission et la négociation d'actions d'une société irrégulière, parlent respectivement « d'émetteur » et de « négociateur » ⁵. Par conséquent les fondateurs, qui ont souscrit en premier, sont passibles de l'article 13 tandis que l'article 14 ne vise que la négociation de titres. Il en résulte que le syndicat des fondateurs qui peut connaître les irrégularités internes se verront appliquer l'article 13 dont le mot « émission » doit être pris au sens large, visant l'introduction des titres dans le public.

Dans le cas où les fondateurs ne sont pas syndiqués mais passent les titres à un syndicat de banquiers n'ayant pas pris part à la fondation de la société, le placement de ces titres doit être considéré comme une « négociation » au sens de l'article 14.

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, note sous n° 632; Hourtoulle, *op. cit.*, n° 54.

² Seine, 25 novembre 1909, J.S. 1911, p. 457; Trib. com. Seine, 23 décembre 1935, J.S. 1938, p. 232.

³ Le Roy, *op. cit.*, p. 345.

⁴ Paris, 18 mars 1887, D. 1888.2.129.

⁵ Le Roy, *op. cit.*, p. 346.

b) *Organisation d'une mise en scène trompeuse* ¹.

L'élément constitutif qui consiste à tromper le public pour qu'il souscrive des actions rentre dans le concept du délit d'escroquerie prévu à l'article 405 du Code pénal.

Il arrive malheureusement fréquemment qu'un syndicat se crée fictivement pour augmenter le crédit auprès de tiers désireux de souscrire, en effectuant des remises de fonds, en détournant des valeurs, en faisant des faux. Il suffira même d'une simple mise en scène dans l'intention dolosive de mettre en confiance le souscripteur éventuel. La Cour de Paris ² a d'ailleurs jugé dans ce sens, considérant « que le syndicat, contrairement à ce qui se pratique toujours en matière d'émissions loyales de titres, n'était qu'un moyen détourné pour se procurer des moyens plus ou moins avouables à l'effet de faire agir sur le public et appuyer les allégations des directeurs et de leurs auxiliaires; ... que le syndicat formait autour du public susceptible de répondre encore à l'appel de la Compagnie une vaste conspiration à ses gages organisés; que tous ces faits constituent indubitablement l'emploi de manœuvres frauduleuses ».

c) *Publication de faits faux.*

La publication de faits faux ne peut être reprochée généralement qu'au gérant du syndicat chargé de la publicité.

Dans ce cas, c'est encore l'article 405 du Code pénal qui est applicable, mais il faut que le fait reproché au gérant constitue en même temps une manœuvre frauduleuse. Il faut que la publication en question soit d'une part le fait d'un tiers, d'autre part le fait extérieur ³. Par conséquent de simples allégations mensongères même produites par écrit, ne constituent pas une manœuvre frauduleuse ⁴.

Par contre, la publicité effectuée par des tiers à la banque, l'envoi de démarcheurs constituent des manœuvres frauduleuses ⁵.

L'article 15 de la loi de 1867 contient une disposition spéciale ordonnant l'application de l'article 405 du Code pénal : « ... seront punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, ... ceux qui, par simulation de souscription ou de versements, ou par publication faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou

¹ Le Roy, *op. cit.*, p. 347.

² Paris, 9 février 1893, J.S. 1893, p. 247.

³ Ronast, *La publicité frauduleuse en droit pénal*, thèse, Paris 1912.

⁴ Garçon, *Code pénal annoté*, art. 405, n^o 16 s.

⁵ Le Roy, *op. cit.*, p. 351.

de tous autres faits faux, ont obtenu, ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ».

On voit que grâce à l'article 15 le cadre d'application de l'escroquerie se trouve considérablement élargi.

2. *Responsabilité civile du syndicat d'émission.*

Il est évident qu'un syndicat qui est condamné pénalement pour fraude sera également condamné à indemniser les tiers lésés.

L'action civile est recevable devant les tribunaux pénaux pendant l'action publique.

Cette responsabilité civile est encourue en diverses circonstances.

a) *Responsabilité du syndicat en tant que fondateur d'une société nulle.*

Le syndicat peut avoir entraîné par ses agissements la nullité de la société, il encourt de ce fait la responsabilité prévue à l'article 42 de la loi de 1867. Il y a lieu de rappeler que la nullité peut avoir pour cause la dissimulation d'avantages particuliers, le vote frauduleux des syndicataires, l'exagération des apports en nature, etc...

Pour que cette responsabilité soit encourue, les deux conditions suivantes doivent avoir lieu :

- 1) il faut que celui qui émet les actions soit coupable de dol ou d'une faute;
- 2) il faut que le lésé ait subi un dommage direct ¹.

b) *Responsabilité civile des syndicataires.*

La responsabilité civile du syndicat s'étend-elle à tous les membres du syndicat ? Il est difficile de pouvoir répondre à cette question étant donné que les associés participent inégalement aux fautes commises et que ce syndicat a un caractère occulte ².

En général, les syndicataires qui auront été condamnés pénalement le seront également civilement. De même que seront poursuivis ceux qui sont véritablement fondateurs de la société, ainsi que les administrateurs.

Il résulte de ce qui précède que l'action en responsabilité exige la réalisation d'un ensemble de circonstances souvent difficile à réunir ³.

¹ Le Roy, *op. cit.*, p. 377.

² Même auteur, *op. cit.*, p. 401-402.

³ Même auteur, p. 408.

Chapitre IV

LA NATURE JURIDIQUE ET LE CARACTÈRE COMMERCIAL DE LA SOUSCRIPTION

Section I

LA NATURE JURIDIQUE DE LA SOUSCRIPTION

L'aliné 4 de l'article premier de la loi de 1867, dans sa nouvelle rédaction, prévoit : « Le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription signé du souscripteur ou de son mandataire... » Nous voyons par là que la loi a donné à la souscription la même qualification que la jurisprudence ¹. La souscription est en effet considérée comme un contrat synallagmatique engendrant pour les parties contractantes des droits et obligations réciproques ².

Toutefois, dans la doctrine, le problème de la nature juridique de la souscription est controversé. Certains auteurs ³, après avoir affirmé que la souscription « n'est pas par elle-même un contrat », soulignent que « la personne qui souscrit des actions d'une société en formation ne contracte pas avec une société qui n'existe pas encore » et ne contracte pas non plus « avec les fondateurs qui ne peuvent lui céder des droits qui ne leur appartiennent pas » ⁴. Ripert ⁵ ajoute que le législateur a employé l'expression de « contrat de souscription » parce qu'il n'a pas pu dire que le contrat de société se forme par la souscription. La formation n'est en effet réalisée que plus tard, lorsque le capital a été entièrement souscrit et que les statuts ont été votés. Avant le contrat de

¹ Civ., 23 juillet 1935, D. 1938.1.16; J.S. 1936, p. 544, note Lecompte.

² Civ., 23 juillet 1935 précité; Req., 22 avril 1941, D.A. 1941, p. 243; J.S. 1942, p. 203; Paris, 17 janvier 1935, J.S. 1937, p. 236; Paris, 12 mai 1930, J.S. 1931, p. 410.

³ Ripert, *op. cit.*, n° 951; Escarra et Rault, t. 2, n°s 591 s; Thibaud-Laurent, *De la nature juridique de la souscription d'une société anonyme*, Revue générale de droit commercial, 1942, p. 261 (notamment p. 298, n° 39, et p. 306, n° 47); Escarra, *Manuel de droit commercial*, n° 696.

⁴ Ripert, n°s 951 et 953.

⁵ Même auteur, n° 951.

société, il y aurait donc un contrat précédant le contrat de société. Ces auteurs admettent la théorie de l'engagement unilatéral et pour eux, celui qui souscrit des actions « déclare sa volonté d'entrer dans la société qui sera créée » et « cette déclaration de volonté prend une valeur juridique en ce qu'elle est remise aux fondateurs et que cette remise la rend irrévocable » ¹.

En ce qui concerne le souscripteur ², la souscription est considérée comme l'acceptation donnée à l'offre d'entrer dans la société. Plus particulièrement dans le cas de la fondation successive, cette adhésion n'est pas suffisante pour la conclusion du contrat de société; il faut encore que l'assemblée constitutive ait délibéré. Nous voyons par là que le mot « souscription » est employé dans plusieurs cas différents. En plus de la souscription proprement dite qui consacre la manifestation de volonté du souscripteur, il y a un premier et avant-contrat de société, qui est appelé par la loi et la jurisprudence : « contrat de souscription ».

En revanche, pour la doctrine moderne et pour la jurisprudence ³ la souscription d'actions d'une société anonyme constitue un contrat synallagmatique engendrant pour les parties contractantes des obligations réciproques. Soulignons que le droit français n'admet pas, en principe, la force obligatoire des engagements unilatéraux ⁴ qui est toutefois nécessaire pour que le souscripteur maintienne, jusqu'à la constitution définitive de la société, l'engagement qu'il a contracté en signant son bulletin. Il est également admis, en règle générale, que l'accord de deux volontés est indispensable pour créer une obligation ⁵.

De toute façon, le décret-loi du 31 août 1937 a mis un terme à toutes les discussions sur ce sujet en précisant : « Le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription, signé du souscripteur. »

Or, aux termes de l'article premier de la loi de 1867 (modifié et complété par le décret-loi du 31 août 1937), la souscription est un contrat synallagmatique conclu entre les souscripteurs et les fondateurs représentant la société future. Ce contrat impose aux parties des obligations réciproques, à savoir :

¹ Ripert, *op. cit.*, n° 953.

² Hamel et Lagarde, t. 1, n° 587.

³ Paris, 17 janvier 1935, J.S. 1937, p. 236; Req. 22 avril 1941, D.A. 1941, p. 243; Paris, 12 mai 1930, S. 1932.2.84; Thaller et Pic, t. 2, n° 873 bis; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 686 bis; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 529; Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, n° 48; Lacour et Boutron, n° 423; Moreau, t. 1, n° 369; R. Rousseau, n° 1613; Hourtoulle, n° 81; Civ., 23 juillet 1935, D. 1938.1.16, J.S. 1936, p. 544 et note Lecompte.

⁴ Thibault-Laurent, *op. cit.*, p. 268, n° 8.

⁵ Hourtoulle, *op. cit.*, n° 81.

a) *Obligations du souscripteur* : il s'engage à exécuter toutes les obligations inhérentes à la qualité d'actionnaire : la principale est le versement du montant de la souscription en échange des actions qui lui seront remises, lorsque ce sont des actions de numéraire et, lorsqu'il s'agit d'actions d'apport, le transfert à la société de la propriété ou de la jouissance des biens¹. Le souscripteur est lié par le simple fait de l'apposition de sa signature sur le bulletin de souscription; il ne peut plus se rétracter. Tout ce qu'il peut faire est de céder son droit; encore doit-il le faire par des procédés du droit civil², car son droit n'est constaté par aucun titre négociable, lequel ne peut être délivré qu'après la constitution de la société (article 2 de la loi de 1867, complété par l'ordonnance du 18 octobre 1945). Notons enfin que les obligations du souscripteur se transmettent à ses héritiers³.

b) *Obligations des fondateurs* : ils doivent en premier lieu faire tous leurs efforts pour mener à bien la constitution de la société⁴. Une autre obligation leur est imposée par l'alinéa 6 de l'article premier de la loi de 1867 : celle de déposer les fonds provenant des souscriptions à la Caisse des dépôts et consignations ou auprès d'un notaire. En cas de non constitution de la société dans les six mois qui suivent le dépôt du projet de statuts, tout souscripteur peut demander la restitution de sa mise, conformément à l'alinéa 8 de l'article premier de la loi de 1867. Enfin, les fondateurs ont l'obligation de remettre aux souscripteurs un nombre d'actions correspondant à l'importance de leur souscription⁵.

A quel moment le contrat se forme-t-il ?

Certains auteurs⁶ enseignent que le contrat de souscription se forme lors de l'acceptation par le fondateur, de l'offre du souscripteur; par conséquent, toujours selon ces auteurs, les souscriptions ne sont ni définitives, ni irrévocables par le seul fait de l'envoi des bulletins de souscription aux fondateurs. Il faut que ces bulletins soient acceptés par les fondateurs, et que cette acceptation soit portée à la connaissance des

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 873 bis; Escarra et Rault, t. 2, n° 608.

² Hamel et Lagarde, t. 1, n° 587.

³ Civ., 8 novembre 1904, D. 1905.1.34; Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Thaller et Percerou, t. 1, n° 503; Ripert, n° 955; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

⁵ Thaller et Pic, t. 2, n° 873 bis; Escarra et Rault, t. 2, n° 608; Thibault-Laurent, *op. cit.*, p. 270, n° 11.

⁶ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 528; Conseil, p. 31; Lescot, p. 145 s; Paris, 11 janvier 1954, S. 1854.2.136.

souscripteurs¹. Dans ce système, les fondateurs peuvent, quand les statuts ne contiennent pas de clause qui l'interdise, écarter à leur gré l'offre d'un souscripteur et refuser de l'accepter, parfois arbitrairement².

Les autres auteurs³, dont nous partageons l'avis, estiment, par contre, que lorsque le futur actionnaire a souscrit, les fondateurs sont liés. Sauf clause contraire prévue dans les statuts, les fondateurs ne peuvent faire aucune discrimination⁴. Donc, pour ces auteurs, le contrat est formé par le seul fait de l'apposition de la signature du souscripteur sur le bulletin de souscription et, que ce sont en réalité les souscripteurs qui acceptent l'offre faite par les fondateurs⁵. Il s'ensuit que les fondateurs ne peuvent refuser les souscriptions, mais uniquement les réduire si le nombre en est excessif. Le nouvel alinéa 4 de l'article premier de la loi de 1867, aux termes duquel « le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription... », confirme cette thèse favorable d'ailleurs aux intérêts des souscripteurs⁶. Il est clair, en effet, qu'un acte qui sert de preuve d'une convention ne saurait être subordonné à une acceptation qui viendrait trop tard, le contrat étant déjà conclu⁷. Or, ce sont le bulletin et la signature du souscripteur qui constatent le contrat, l'acceptation des fondateurs se trouve par ce fait exclue.

Pendant quel laps de temps le souscripteur peut-il se considérer comme lié vis-à-vis des fondateurs ?

Jusqu'au décret-loi du 31 août 1937, la question de la durée de l'engagement du souscripteur était controversée, puisqu'aucune disposition légale ne permettait de la trancher clairement. La jurisprudence, à qui incombait la tâche de la résoudre, distinguait les deux hypothèses suivantes :

a) Les statuts fixaient un délai dans lequel la société devait être constituée. Dans cette hypothèse, les statuts tenaient lieu de la loi pour les parties⁸. Si donc, à l'expiration de ce délai, la constitution de la

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 528.

² Thibault-Laurent, p. 275, n° 17.

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 874; Thaller et Percerou, t. 1, n° 517; Lacour et Boutron, p. 326 *in fine*, n° 423; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 587; Trib. com. Seine, 4 février 1919, J.S. 1921, p. 180.

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*

⁵ Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*; Thaller et Pic, t. 2, n° 874; Thaller et Percerou, t. 1, n° 517.

⁶ Thibault-Laurent, *op. cit.*, n° 18.

⁷ Même auteur.

⁸ Thaller et Pic, t. 2, n° 875; Escarra et Rault, t. 2, n° 609; Conseil, p. 39.

société n'avait pas abouti, les souscripteurs pouvaient se considérer comme déliés de leur engagement.

b) Si les statuts étaient muets sur ce point, il appartenait au juge, à la demande des souscripteurs, de fixer un délai, soit ¹ pour accorder aux fondateurs le temps nécessaire à constituer la société ², soit pour faire constater l'insuccès de la constitution de la société et procéder à la restitution des mises aux souscripteurs ³. Mais depuis la promulgation du décret-loi du 31 août 1937, la question est définitivement tranchée : en effet, l'article premier de la loi de 1867 (modifié et complété par ledit décret-loi) stipule, à l'alinéa 8 : « En cas de non constitution de la société dans un délai de six mois du jour du dépôt des statuts au greffe, tout souscripteur pourra demander en référé au président du Tribunal de commerce la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous déduction de ses frais de répartition. » Donc, si la société n'a pas pu se constituer dans un délai de six mois à partir du jour du dépôt du projet de statuts, les souscripteurs sont déliés de toute obligation.

Le problème de la nature juridique de la souscription en cas d'augmentation du capital social n'a pas suscité dans la doctrine les controverses auxquelles il a donné lieu en cas de constitution de la société. Quand il s'agit d'une augmentation du capital, en effet, la société est déjà constituée et la souscription est un contrat synallagmatique conclu entre le souscripteur et le représentant qualifié de la société ⁴.

En droit suisse et selon la jurisprudence du Tribunal fédéral ⁵, la souscription est une déclaration de volonté au terme de laquelle le souscripteur s'oblige vis-à-vis des fondateurs, des autres actionnaires, de la société elle-même et des créanciers, à payer les montants souscrits et reçoit en échange un nombre correspondant d'actions ⁶. Mais le souscripteur n'est obligé que s'il y a eu réellement constitution de la société ⁷. Toujours d'après la jurisprudence, le souscripteur n'a pas le droit de se prévaloir du fait que son engagement est entaché d'erreurs, de dol des fondateurs ou des organes de la société ⁸.

En droit allemand, la souscription est le fondement de « l'Aktien-

¹ Escarra et Rault, t. 2, p. 115, note 2.

² Trib. com. Seine, 4 février 1919, J.S. 1921, p. 180.

³ Cass. 10 avril 1889, D. 1890.1.305.

⁴ Hourtoulle, n° 84.

⁵ A.T.F., 64.II.281.

⁶ A.T.F., 15.II.625.

⁷ Art. 632, al. 2 du Code fédéral des obligations, et de Steiger, *Les sociétés anonymes en Suisse*, p. 104 *in fine*.

⁸ A.T.F., 32.II.96 ss, 103; A.T.F., 39.II.534; A.T.F., 41.III.140 ss; A.T.F. 51.II.177 ou S.J. 1925, p. 273; A.T.F. 64.II.281 ou J.T. 1939, p. 6; Guhl, p. 422-423.

gesellschaft », elle consiste en une offre de participation à la société conformément aux statuts. L'offre ne peut pas être faite sous réserves de conditions ¹ et ne peut être annulée pour vice de volonté dès l'inscription de la société. La souscription est en quelque sorte une offre irrévocable faite au public ². L'acceptation se manifeste par l'attribution des actions.

Section II

LE CARACTÈRE COMMERCIAL DE LA SOUSCRIPTION

Disons tout d'abord que la doctrine n'est pas unanime sur la question de la commercialité de la souscription. Certains auteurs ³, suivis en cela par quelques arrêts de cours d'appel ⁴, soutiennent que la souscription est un acte civil et fondent cette affirmation sur les arguments suivants :

En premier lieu, la souscription n'est pas mentionnée à l'article 632 du Code de commerce, qui énumère limitativement les actes réputés commerciaux; elle n'est donc pas un acte de commerce par nature. D'autre part, un acte commercial se caractérise par l'idée de spéculation, laquelle est fort restreinte chez l'actionnaire qui n'est responsable que du montant de sa mise et dont les risques sont également limités. Le souscripteur fait donc simplement un placement de fonds et, tout au plus, pourrait-on considérer comme un acte de commerce, la souscription faite en vue d'une revente des actions avec bénéfice.

En outre, ajoutent ces auteurs, la souscription n'est pas un acte de commerce selon la théorie de l'accessoire; en effet, cette théorie, qui est abusive d'après Thaller et Pic ⁵, prétend que les actes accessoires d'exploitation d'un commerçant sont commerciaux. Cette même théorie ne communique pas la nature commerciale d'une entreprise à tous ceux

¹ Duroudier et Kuhlewein, *La loi allemande sur les sociétés par actions*, citent à ce sujet deux arrêts du Tribunal de l'Empire, 79, 112; 83, 256 (R.G.Z.) qui concernent les sociétés en responsabilité limitée.

² Voir les arrêts du Tribunal de l'Empire 118, 274; 123, 162 (R.G.Z.).

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 876, et t. 1, n° 382 s; Escarra, *Manuel de droit commercial*, n° 699; Thaller et Percerou, t. 1, n° 333; Buchère, *Annales de droit commercial* 1888, 2^e partie, p. 157 s.

⁴ Bordeaux, 22 mars 1893, J.S. 1893, p. 460; Douai, 5 mars 1869, S. 1870.249; Angers, 12 mars 1873, S. 1876.2.214.

⁵ Thaller et Pic, t. 1, n° 383.

qui y participent. En fait, la situation du souscripteur est analogue à celle d'un bailleur de fonds comme, par exemple, celui qui prête à intérêt à un commerçant : cette opération n'est qu'un placement de fonds et l'engagement du bailleur de fonds reste un engagement civil. Enfin, dernier argument en faveur de la non-commercialité de la souscription, les actionnaires sont inconnus du public et la publicité est une des caractéristiques de l'acte de commerce ¹.

Mais l'opinion dominante dans la doctrine et dans la presque totalité de la jurisprudence ², est que la souscription a un caractère commercial, puisque c'est une adhésion à une société commerciale. Cette solution nous paraît plus juridique et c'est celle que nous adopterons. A notre sens, l'objection selon laquelle l'actionnaire reste caché du public n'a aucune valeur, car la publicité n'est pas un élément essentiel de la commercialité. Il n'est pas nécessaire, en effet, que l'acte commercial soit notoirement connu; la publicité n'a pour but que de protéger les tiers et constitue dès lors un caractère accessoire ³. D'autre part, si les partisans de la commercialité reconnaissent parfaitement que la souscription ne figure pas dans l'énumération limitative de l'article 632 du Code de commerce, ils affirment, à juste titre, nous semble-t-il, que la souscription est un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire ⁴. La commercialité des actes juridiques doit être déterminée d'après leur nature objective ⁵ et non d'après la profession de leur auteur, ce qui paraît plus logique et conforme à l'esprit du Code de commerce. Partant de ce principe, nous pouvons dire qu'un acte accessoire doit être considéré comme commercial par la nature de l'opération principale à laquelle il se rattache ⁶.

En outre, l'objection tirée de ce que le souscripteur est dans la même situation que le bailleur de fonds nous semble bien fragile, car celui qui souscrit des actions devient un associé avant d'être prêteur ⁷; il ne fait pas seulement un placement de fonds, « il participe au fonctionnement de la société par l'intermédiaire de ses représentants, il est inté-

¹ Voir notamment Thaller et Pic, t. 1, n° 383 et la note de Levillain sous Paris, 31 janvier 1908. D. 1909.2.257.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 591; Ripert, n° 954; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 588; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 530; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 686 bis; Conseil, p. 101 s; Hourtoulle, n° 85; Lacour et Boutron, n° 443; Copper Royer, n° 49; Moreau, t. 1, n° 369; Req., 25 octobre 1899, D. 1899.1.560, S. 1900.1.65, note Lyon-Caen; Paris, 31 janvier 1908, D. 1909.2.257, note Levillain; Civ., 7 novembre 1899, S. 1901.1.513, note Wahl; Toulouse, 26 mai 1903, J.S. 1904, p. 56; Paris, 16 juin 1922, D. 1923.2.179.

³ Note Levillain précitée; Conseil, p. 101 s; Lacour et Boutron, n° 243.

⁴ Note Levillain sous Paris, 31 janvier 1908. D. 1909.2.257.

⁵ Lacour et Boutron, t. 1, n° 65.

⁶ Mêmes auteurs.

⁷ Note Levillain précitée; Conseil, p. 103.

ressé à la bonne marche des affaires sociales. Mais en ce qui concerne le bailleur de fonds, il n'a aucun intérêt (juridiquement parlant) à la bonne marche du commerce de son emprunteur »¹, et le seul risque auquel il soit exposé est celui de l'insolvabilité de son débiteur, tandis que dans le cas de l'actionnaire, la situation est tout autre car il n'est en aucune manière indépendant de la société dont il fait partie. Par conséquent, nous pouvons dire que l'engagement qui le lie à la société est de nature commerciale, puisqu'il accomplit un acte de commerce².

Enfin, l'intention de spéculer existe aussi chez l'actionnaire, étant donné qu'il participe aux bénéfices sociaux; c'est d'ailleurs le but qui le pousse à souscrire. Bien plus, il subit le contre-coup des pertes de la société et s'il est vrai que sous ce rapport ses risques sont limités, ils n'en existent pas moins³. Thaller et Pic⁴ remarquent encore que la souscription prend nettement le caractère d'un acte de spéculation lorsque le souscripteur a l'intention de revendre les actions avec bénéfice. Nous voyons par là que la recherche de l'élément intentionnel est parfois délicate, mais n'est pas impossible.

Quoi qu'il en soit, la question du caractère commercial ou civil de la souscription ne présente d'intérêt au point de vue de la compétence du Tribunal de commerce qu'au cas où les actionnaires sont attaqués par des créanciers de la société; il faut alors décider en faveur de la compétence du Tribunal de commerce, conformément à l'article 631, alinéa 3, qui est ainsi conçu : « Les tribunaux de commerce connaîtront... de celles (des contestations) relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ». Dans ce cas, la compétence du tribunal de commerce découle de la commercialité de la souscription⁵.

Il est prévu à l'article 631, alinéa 2 du Code de commerce que « les tribunaux de commerce connaîtront des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce... ». Selon cette disposition, les contestations entre la société et les actionnaires (citons par exemple l'action ouverte par la société contre un actionnaire en paiement de sa souscription, ou bien encore l'action d'un actionnaire tendant à l'obtention des documents prévus à l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867) entrent dans la compétence du Tribunal de commerce. Dans le cas de contestation entre associés, la commercialité ou la non-commercialité ne

¹ Conseil, p. 103.

² Levillain, note précitée.

³ Ibidem; Conseil, p. 103.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, n° 876, note 1.

⁵ Note Levillain sous Paris, 31 janvier 1908, D. 1909.2.257.

présente pas un grand intérêt pour fixer la compétence du Tribunal de commerce ¹.

La souscription n'a pas un caractère spécial absolu. En ce qui concerne la capacité du souscripteur, celle-ci ne doit pas être considérée sous l'angle du caractère commercial de la souscription ².

Enfin, le caractère commercial de la souscription affecte aussi la preuve de cette dernière, mais cette conséquence a perdu de son intérêt depuis le décret-loi du 31 août 1937. Avant l'adoption de ce décret-loi, on pouvait prouver la souscription par tous les moyens, conformément à l'article 109 du Code de commerce, étant donné la commercialité de l'acte; mais actuellement, c'est le bulletin, qui peut prouver la souscription, en vertu de l'article premier de la loi de 1867, complété et modifié par le décret-loi cité et qui est ainsi rédigé : « Le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription... »

¹ Ripert, n° 954; Levillain, note précitée; Arrêts de Paris du 16 juin 1922 et du 31 janvier 1908.

² Hamel et Lagarde, t. 1, n° 588; Ripert, n° 954.

Chapitre V

LE RÉSULTAT ET LA PREUVE DE LA SOUSCRIPTION

Section I

LES DIFFÉRENTS RÉSULTATS POSSIBLES D'UNE SOUSCRIPTION

Le principe légal est que le capital social doit être intégralement souscrit pour que la société puisse être valablement constituée et nous avons étudié toutes les conséquences de cette exigence de la loi (voir *supra*, p. 43 s). Mais il peut arriver que le capital social ne soit pas intégralement souscrit et que la société ne puisse être constituée; tout souscripteur peut alors de plein droit être délié de son engagement.

Nous nous trouvons donc devant les deux hypothèses suivantes :

- 1) Souscription non intégrale;
- 2) Souscription intégrale;

1) *Souscription non intégrale :*

Si le capital social n'est pas totalement souscrit, la société ne peut se constituer car, pour ce faire, l'exigence légale de l'intégralité de souscription du capital social doit être strictement respectée. Donc, lorsque cette condition n'est pas remplie, tout souscripteur est libre de se délier de son engagement et, si malgré cela, la société se constitue, elle sera frappée de nullité ¹.

On peut toutefois se demander s'il est possible de convoquer une assemblée générale pour lui soumettre le cas et décider que la société sera constituée avec un capital réduit au chiffre atteint. On admet généralement qu'une telle solution est inacceptable sans le consente-

¹ Bordeaux, 16 février 1903, D. 1905.2.193; Civ., 19 avril 1889, D. 1890.1.305.

ment unanime de tous les souscripteurs ¹. En effet, la société ne peut être constituée lorsque le capital n'a pas été totalement souscrit et une telle assemblée générale serait l'organe d'une société qui n'aurait pas d'existence légale ². Par conséquent, on ne peut obliger un souscripteur à entrer dans une société dont le capital est inférieur à celui qui est mentionné dans les statuts, le bulletin de souscription, le prospectus, etc.

Il en est autrement quand il s'agit d'une société valablement constituée dont l'assemblée générale a le pouvoir de réduire le capital social en statuant, sous certaines conditions de majorité et de quorum prévues par la loi mais l'assemblée constitutive ne l'a pas ³. Est-il possible d'insérer dans les statuts une clause expresse donnant à l'assemblée générale le droit de réduire le capital au chiffre atteint par la souscription lorsque celle-ci ne donne pas les résultats espérés ? Dans son arrêt du 21 mars 1905 ⁴, la Cour de Paris n'avait pas admis une telle clause, fondant sa décision sur le principe de la fixité et de l'intégralité du capital social. Elle déclarait notamment : « Le capital social qui doit être entièrement souscrit est le capital émis, annoncé et offert au public, et non celui qu'après la clôture d'une souscription insuffisante, il plairait à l'assemblée de fixer. En conséquence, une société ne peut faire varier l'importance du capital social, non d'après les nécessités antérieurement reconnues du développement de ses affaires, mais suivant les hasards du résultat de l'émission ⁵. »

Toutefois, la Cour de cassation, sur pourvoi contre l'arrêt précité, s'est prononcée à juste titre pour la validité de la clause ⁶ et ceci, non pas seulement en cas d'émission préalable à la constitution de la société, mais également en cas d'augmentation du capital par voie d'émission d'actions nouvelles. Dans sa décision, la Cour de cassation conclut : « En effet, dans les rapports des souscripteurs avec la société, aucune disposition de loi n'interdit de subordonner la réalisation du capital émis à une réserve de cette nature. D'autre part, au regard des tiers, le

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 885; note Thaller sous D. 1905.2.409; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 691; note Percerou sous D. 1905.2.193; Hourtoulle, n° 67; Conseil, p. 117; Ripert, n° 956; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 591.

² Ripert, n° 958.

³ Cass. rejet. 10 avril 1889, D. 1890.1.305 et la note de Guénée; Thaller et Pis, t. 2, *loc. cit.*; Conseil, *loc. cit.*; Ripert, *loc. cit.*

⁴ Paris, 21 mars 1905, S. 1906.2.1, et note Wahl, D. 1905.2.409; note Thaller.

⁵ Paris, 21 mars 1905, S. 1906.2.1, D. 1905.2.409.

⁶ Cass., 13 novembre 1907, D. 1909.1.65, S. 1908.1.65 et note Lyon-Caen; Bordeaux, 16 février 1903, D. 1905.2.193 et note Percerou; Wahl, note sous S. 1906.2.1; Thaller, note sous D. 1905.2.409. Selon Thaller et Pic, on doit compléter cette clause par l'indication d'un chiffre minimum de souscription, p. 235, *in fine*, n° 886. Pour Ripert, la souscription a bien dans ce cas un caractère conditionnel, mais on peut l'ignorer pour éviter de recommencer les opérations constitutives, n° 958 *in fine*; Hourtoulle, n° 67; Conseil, p. 118; Moreau, t. 1, n° 368.

capital social est la somme définitivement inscrite aux statuts et portée à leur connaissance par les actes de publication de la société; c'est cette somme qui forme le gage des créanciers; et ainsi, à leur égard comme en soi, le capital social au sens de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867 ¹ est le montant des actions souscrites. » ²

Dans les droits anglo-saxons, le principe est différent. On fait une différence entre le capital autorisé et le capital émis : ce dernier est constitué par tranches successives, les fondateurs se chargeant de vendre les actions aux meilleures conditions, d'après la loi de l'offre et de la demande, mais à condition que le prix ne tombe pas au-dessous de la valeur nominale. Par contre, il n'est pas essentiel que le versement soit entièrement fait au moment de l'achat ³.

Qu'en est-il dans le cas d'une augmentation du capital social ?

La situation est ici la même que lorsqu'il s'agit de la constitution de la société : par une clause expresse, insérée dans les statuts, le bulletin de souscription ou le prospectus, ainsi que dans la notice paraissant au Bulletin des annonces légales obligatoires, conformément à la loi de 1907, on peut prévoir la possibilité de limiter l'augmentation du capital au chiffre atteint ⁴. Si cette clause fait défaut, l'augmentation du capital ne saurait être réduite par une simple décision du conseil : comme dans le cas de la constitution, il faut obtenir le consentement unanime des souscripteurs.

2) *Souscription intégrale.*

En général, toutes les actions trouvent preneur, la souscription réussit, la totalité du capital social est souscrite et la société peut valablement se constituer. Mais il arrive aussi que les souscriptions dépassent le montant du capital social. Il faut, dans ce cas, arrêter les souscriptions, ce qui soulève de nombreuses difficultés en raison de l'intervention des diverses banques, de leurs agences et de leurs succursales qui sont chargées de recevoir les souscriptions ⁵.

En principe, la souscription doit être arrêtée dès que toutes les actions représentant le capital social ont trouvé preneur ⁶, mais comme

¹ Modifié et complété par le décret-loi du 31 août 1937.

² Cass., 13 novembre 1907, S. 1908.1.65. D. 1909.1.65.

³ Lepargneur, *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, p. 180 s; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 591; Hornby, *La réforme du droit des sociétés en Grande-Bretagne*, rev. trim. dr. com. 1949, p. 13; Escarra, J., *Some points of comparison between the companies act 1948 and the French law of companies*, the Cambridge law journal, 1951, n° 1.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, n° 886; Hourtoulle, n° 68.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, n° 611; Thaller et Pic, t. 2, n° 894; Ripert, n° 959.

⁶ Lyon, 19 juillet 1882, D. 1884.2.183.

cela n'est guère facile, on préfère en général réduire les souscriptions. Pour éliminer les difficultés, on insère dans les statuts, le prospectus d'émission, ou le bulletin de souscription, une clause indiquant la façon dont on pratiquera la réduction. Lorsque cette clause n'est pas prévue, la réduction se fait proportionnellement aux souscriptions ¹, sauf en ce qui concerne les actions d'unité qui doivent être maintenues et ne sont pas assujetties à la réduction ², dans le cas de la réduction proportionnelle, l'égalité entre les actionnaires est de règle ³.

Section II

LA PREUVE DE LA SOUSCRIPTION

Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret-loi du 31 août 1937, aucune disposition juridique ne réglementait les modes de preuve du contrat de souscription. En raison du caractère commercial du contrat de souscription, cette dernière pouvait être prouvée par les différents moyens prévus à l'article 109 du Code de commerce, c'est-à-dire qu'elle pouvait être prouvée par tous les moyens : écrits, présomptions, témoignages, et que les présomptions ou les témoignages pouvaient avoir le pas sur un acte écrit ⁴.

Arrêtons-nous un moment sur ce point ⁵, puisque la situation a complètement changé depuis la promulgation du décret-loi du 31 août 1937 maintenu par le décret du 4 août 1949, modifiant et complétant l'article premier de la loi de 1867, décret-loi qui introduit une réforme fort heureuse, grâce à laquelle, toutes les difficultés subsistantes se trouvent aplanies.

Le nouvel alinéa 4 de l'article premier de la loi de 1867 (rédaction du décret-loi de 1937), dispose que : « Le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription signé du souscripteur ou

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 611; Thaller et Pic, t. 2, n° 894; Ripert, n° 959; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 693; Lacour et Boutron, n° 425; Thaller et Percerou, t. 1, n° 513; Hourtoulle, n° 69.

² Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Ripert, *loc. cit.*; Hourtoulle, *loc. cit.*

³ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

⁴ Cass., 25 octobre 1899, S. 1900.1.65, D. 1899.1.560; Thaller et Pic, t. 2, n° 877; Hourtoulle, n° 91.

⁵ Pour les détails sur l'état de choses antérieur au décret-loi de 1937, voir Thaller et Pic, t. 2, n° 877; Hourtoulle, n° 91; Conseil, p. 108 s.

de son mandataire... »¹ En vertu de cette disposition, le bulletin de souscription est maintenant obligatoire pour faire la preuve du contrat de souscription².

L'alinéa 5 du même article prévoit en outre : « Un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être laissé au souscripteur et mention de cette remise doit figurer au bulletin de souscription. » Grâce à ces nouvelles modalités, la preuve de la souscription est devenue beaucoup plus facile qu'auparavant.

Qu'arrive-t-il lorsque le bulletin de souscription n'est pas rédigé, ou lorsqu'il est rédigé de manière incomplète et non conforme au décret-loi de 1937 ? Par quels moyens peut-on faire alors la preuve de la souscription ? La preuve par témoins n'existe pas dans le code, sauf dans les articles 1347 et 1348 du Code civil qui prévoient une preuve par écrit et dans le cas où le bulletin a été perdu ou détruit³, mais il est toujours possible de recourir à l'aveu et au serment⁴.

A qui incombe la preuve de la souscription ?

Elle est évidemment à la charge de la société lorsqu'elle réclame le versement des quarts supplémentaires, et à la charge du souscripteur quand il exige la remise des actions⁵. Comme le bulletin constitue le moyen par excellence de prouver la souscription, il est devenu très facile pour les deux parties de démontrer la réalité de la souscription. En effet, la société a entre ses mains, ainsi que nous l'avons vu, un exemplaire du bulletin de souscription, et le souscripteur en possède un autre sur papier libre.

A ce sujet, nous voulons souligner que dans la pratique, on exige du souscripteur qu'il fasse précéder sa signature des mots « bon pour souscription à ... actions ». Cette exigence n'a pas de valeur légale, la souscription étant un contrat synallagmatique et un acte de commerce, mais cette pratique présente un intérêt certain, car la preuve en est facilitée⁶ : elle attire l'attention du signataire sur la nature et la portée de son engagement⁷, et enfin, l'insertion des mots « bon pour » coupe court à toute contestation sur le nombre des actions souscrites⁸.

¹ En ce qui concerne le bulletin de souscription et les mentions qui doivent y figurer, voir les détails *supra*, p. 34 s.

² En ce qui concerne le bulletin de souscription, s'il est exigé comme une forme de condition essentielle à la validité du contrat de souscription, en d'autres termes s'il est exigé *ad solemnitatem* (Ripert, n° 950), ou bien s'il est un mode de preuve, exigé *ad probationem* (Solus, n° 19), voir *supra*, p. 34.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 589; *contra* : Solus, n° 19, *in fine*; Conseil, p. 114; Hourtoulle, n° 99.

⁴ Solus, *loc. cit.*; Conseil, *loc. cit.*; Hourtoulle, *loc. cit.*....

⁵ Conseil, *loc. cit.*; Hourtoulle, n° 98.

⁶ Hourtoulle, n° 97.

⁷ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 589.

⁸ Escarra et Rault, t. 2, n° 606.

Chapitre VI

LA DÉCLARATION NOTARIÉE DE SOUSCRIPTION ET DE VERSEMENT

L'article premier, alinéa 9 de la loi de 1867 prévoit la constatation de la souscription et du versement par une déclaration du gérant dans un acte notarié. Cette exigence s'applique aux sociétés en commandite par actions, et en vertu de l'article 24, alinéa 2, aux sociétés anonymes également. Dans ce cas, la déclaration doit être faite par les fondateurs.

A ce propos, essayons de préciser quelles sont les personnes chargées de faire cette déclaration. Il est évident que ce sont les fondateurs¹ en cas de constitution d'une société, et les administrateurs de la société lorsqu'il s'agit d'une augmentation de capital. Mais pour que la déclaration soit valable, faut-il le concours de tous les fondateurs, ou bien un seul fondateur est-il suffisant ?

Hamel et Lagarde s'expliquent sur la notion de fondateur : à propos de la déclaration notariée que, selon la loi de 1867, article 24 al. 2, ne sont pas comprises toutes les personnes qui ont engagé à un titre quelconque leur responsabilité dans la constitution de la société. La jurisprudence, qui tend à interpréter d'une façon large le mot « fondateur » lors de l'appréciation de responsabilité à l'occasion de la constitution de la société, n'exige la formalité de la déclaration qu'à l'égard des personnes qui ont officiellement la qualité de fondateur par le fait qu'elles ont signé les statuts ou plus exactement le projet des statuts².

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence³ soutient que la déclaration d'un seul fondateur ou de quelques-uns d'entre eux est suffisante car des empêchements d'ordre pratique peuvent faire obstacle

¹ Sur la notion de fondateur, voir *supra*, p. 21 s.

² Civ., 30 octobre 1928, D. 1930.1.9, note Chéron; S. 1929.1.129, note Lagarde; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 602.

³ Chéron, note sous D. 1930.1.9; Lagarde, note sous S. 1929.1.129; Hamel, note sous D. 1931.1.97; Wahl, note sous S. 1911.2.97; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 602; Copper Royer, n° 72; Paris, 1^{er} août 1888, rev. soc. 1889, p. 10; Amiens, 26 juillet 1924, rev. soc. 1925, p. 281.

à ce que les fondateurs soient présents pour faire la déclaration notariée. Par contre, la grande majorité de la doctrine ¹ estime que le concours de tous les fondateurs est nécessaire pour que la déclaration notariée soit faite dans les règles. Par conséquent, tous les fondateurs doivent être présents, soit en personne, soit par le truchement de leur mandataire. Ce mandat doit être fait en la forme notariée, en vertu du principe suivant lequel le mandat en vue d'une déclaration notariée doit être lui-même notarié ². Si cette authenticité fait défaut, la nullité de l'opération pour laquelle elle doit être faite, peut être invoquée.

Lorsque parmi les fondateurs figure une autre société, il appartient au représentant de la société fondatrice de faire la déclaration et, si cette société est constituée en la forme anonyme, c'est le conseil d'administration qui doit faire la déclaration ou bien l'un de ses membres revêtu d'un mandat par une délibération du conseil prise en la forme authentique ³.

Qu'en est-il en cas d'augmentation du capital social ? Nous avons vu que c'est le conseil d'administration qui doit effectuer l'augmentation du capital social ; or c'est ce conseil qui est aussi chargé de faire la déclaration, ou bien l'un de ses membres muni d'une procuration, par une délibération dudit conseil, constatée en la forme authentique. Une délibération constatée par un acte sous seing privé entraîne la nullité de l'augmentation en cours ⁴.

Il n'est pas nécessaire que le procès-verbal de l'assemblée générale qui a décidé l'augmentation du capital soit fait en la forme authentique, car le pouvoir du conseil d'administration de donner mandat à un de ses membres est une de ses attributions propres ⁵.

A quel moment la déclaration notariée doit-elle être faite ?

Depuis le décret-loi du 31 août 1937, cette déclaration doit être faite une fois le capital social intégralement souscrit et les versements du quart ou les versements statutaires effectués.

Ce n'était pas le cas selon l'ancienne réglementation. En effet, la

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 916 ; Escarra et Rault, t. 2, n° 630 ; Moreau, t. 1, n° 374 ; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 678 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 706 ; Houpin, S.J. 1884, p. 38 s ; Yvernès, *Rôle et responsabilité du notaire en matière de sociétés par actions*, thèse, Toulouse 1935, p. 128 ; Dalsace, n° 78 ; Cas., 30 octobre 1928, S. 1929.1.129, D. 1930.1.9 ; Trib. com. Seine, 30 avril 1913, J.S. 1914, p. 267 ; Alger, 16 juin 1895, J.S. 1895, p. 53.

² Mêmes auteurs ; Cass., 4 mai 1925, D. 1927.1.14 ; 30 octobre 1928, S. 1929.1.129, D. 1930.1.9 ; Douai, 15 juillet 1910, D. 1911.2.25 ; note Percerou, S. 1911.2.97 ; *contra*, Trib. com. Nantes, 11 juillet 1921, J.S. 1922, p. 230.

³ Mêmes auteurs ; civ., 4 mai 1925, D. 1927.1.14 ; Douai, 15 juillet 1910, D. 1911.2.25.

⁴ Solus, n° 28 ; Conseil, p. 207.

⁵ Conseil, p. 208 et p. 223 s.

déclaration dite de souscription et de versement pouvait être faite en même temps que la rédaction du projet de statuts et dans le même acte ¹. Actuellement, avant toute souscription du capital, un projet de statuts doit être déposé au greffe du Tribunal de commerce du siège social; d'autre part, depuis le décret-loi de 1937, l'acte de société et la déclaration de souscription et de versement sont rédigés à des moments différents et par des actes distincts ².

Le notaire devant lequel la déclaration doit être faite n'est pas nécessairement celui qui rédige l'acte de société; il n'est pas non plus nécessairement celui qui s'occupe de la consignation des fonds versés à la société. Le décret-loi de 1937 n'a malheureusement apporté aucun changement à cet état de choses, bien qu'il eût mieux valu confier toutes les opérations à un seul notaire, dont la mission aurait été ainsi facilitée et qui pourrait alors se tenir au courant de toutes les opérations concernant la société en formation, ce qui éliminerait à coup sûr bien des difficultés et des complications.

Section I

LA DÉCLARATION NOTARIÉE

A. *Objet de la déclaration.*

En ce qui concerne l'objet de la déclaration dite de souscription et de versement, il y a lieu de distinguer les hypothèses suivantes :

— le capital social est souscrit uniquement par des actions de numéraire : dans ce cas, la déclaration doit toujours être faite et porter sur toutes les actions ³.

— le capital social est constitué exclusivement par des actions d'apport : il n'y a pas lieu de faire la déclaration ⁴.

— le capital social est constitué en partie avec des apports en nature et en partie avec des apports en numéraire : dans ce cas, la déclaration

¹ Conseil, p. 208, *in fine*.

² Conseil, p. 209.

³ Escarra et Rault, t. 2, n° 629; Moreau, t. 1, n° 374; Thaller et Pic, t. 2, n° 912; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 677; Conseil, p. 205; Yvernès, p. 72; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 602.

⁴ Les mêmes auteurs; Cass., 26 avril 1880, S. 1881.1.15, D.P. 1880.1.258; Nîmes, 17 juin 1855, S. 1888.2.449; Seine, 21 mars 1892, D.P. 1892.2.325.

ne doit porter que sur les actions de numéraire ¹. La même solution s'applique en ce qui concerne les actions mixtes, c'est-à-dire les titres qui sont libérés pour partie à l'aide d'apports en nature, pour partie au moyen d'apports en espèces. Dans ce cas, la déclaration doit porter sur le versement de la partie libérée en numéraire ².

B. *Le but de la déclaration.*

Son but essentiel est de constater que le capital social a été intégralement souscrit et que les versements légaux ou statutaires ont été effectués. Le décret-loi du 31 août 1937 a introduit une réforme notable en ce qui concerne le rôle du notaire et son pouvoir de contrôler le contenu de la déclaration. Le nouvel alinéa 11 de l'article premier de la loi de 1867 dispose que « le notaire se fera présenter les bulletins de souscription et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds ». Cette nouvelle disposition a mis à la charge du notaire une obligation spéciale qui n'existait pas dans l'ancienne réglementation. Nous examinerons en détail ce sujet dans notre deuxième section. Contentons-nous pour l'instant de signaler que la déclaration notariée contribue ainsi avec les autres formalités légales à la constitution régulière de la société.

C. *Le contenu de la déclaration notariée et les annexes.*

Les mentions qui doivent figurer dans la déclaration sont les suivantes :

- 1) les noms, prénoms, qualité et domicile des déclarants ³;
- 2) les renseignements propres à identifier la société ⁴;
- 3) le montant du capital social ⁵;
- 4) le montant du capital souscrit en numéraire ⁶;
- 5) l'indication du versement légal ou statutaire effectué par chaque souscripteur ⁷;

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 629.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 629; Thaller et Pic, t. 2, n° 912; Conseil, p. 205; Yvernès, p. 72; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 677.

³ Escarra et Rault, t. 2, n° 632.

⁴ Mêmes auteurs.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, n° 632; Moreau, t. 1, n° 374.

⁶ Moreau, *op. cit.*, t. 1, n° 374.

⁷ Moreau, *ibidem*.

- 6) le total des versements effectués ¹;
- 7) le nombre des souscripteurs ²;
- 8) en cas de paiement sur états du droit de timbre exigible sur les bulletins de souscription — en vertu de la décision ministérielle du 18 décembre 1947 —, la déclaration notariée doit contenir :
 - a) le nombre de bulletins souscrits;
 - b) le montant des droits de timbre versés au Trésor;
 - c) le bureau auquel les droits ont été payés, ainsi que la date et le numéro de la recette ³.

(Au sujet du droit de timbre, la loi du 21 mars 1947 a abrogé la loi ancienne qui avait institué l'obligation d'employer le papier, timbré. Dès lors, les contribuables peuvent timbrer eux-mêmes leurs papiers, à condition qu'il soit immédiatement oblitéré en apposant au travers du timbre la signature de l'une des parties à l'acte et la date ⁴.)

Les pièces qui doivent être annexées à la déclaration sont les suivantes :

1) Aux termes de l'article premier, alinéa 11 de la loi de 1867, le notaire doit se faire présenter les bulletins de souscriptions et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds. Ce certificat est inutile lorsque les fonds versés à la société ont été déposés dans l'étude du même notaire qui reçoit la déclaration.

2) La liste des souscripteurs en numéraire et l'état des versements effectués par chaque souscripteur. Cette liste doit indiquer :

- a) les noms, prénoms, qualité et domicile des souscripteurs (article premier al. 12 et art. 55 al. 2 de la loi de 1867) ;
- b) le nombre et le montant des actions souscrites par chacun d'eux (art. 55 al. 2 de la loi de 1867) ;
- c) le versement effectué par chaque souscripteur (article premier al. 12 et art. 55 al. 2 de la loi de 1867) ;
- d) le total des versements effectués (article premier al. 12 de la loi de 1867).

3) L'un des doubles des statuts, s'ils sont sous seing privé, ou une expédition, s'ils ont été consignés dans un acte authentique passé devant un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration (article premier al. 12 de la loi de 1867).

¹ Moreau, t. 1, n° 374.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 632.

³ Moreau, t. 1, n° 371 et n° 374.

⁴ Moreau, t. 1, n° 371.

D. Valeur juridique de la déclaration.

Quant à la sincérité et à l'exactitude de son contenu, la déclaration ne fait pas foi et n'a que la valeur probante d'une simple affirmation des parties. Elle peut donc être détruite par la preuve contraire¹. Cependant, elle fait foi tant que l'on ne s'est pas inscrit en faux contre la matérialité des faits déclarés par le gérant ou les fondateurs et enregistrés par le notaire².

Section 2

RÔLE DU NOTAIRE

La déclaration notariée de souscription et de versement est un acte solennel³ qui doit être passé en la forme authentique; ceci était unanimement admis, même avant le décret-loi de 1937 qui a introduit de grands changements sur ce point, par la doctrine et la jurisprudence⁴. Pour être valable, la déclaration notariée doit d'abord se conformer aux dispositions de la loi organique du notariat — loi de Ventôse an XI.

Avant la promulgation du décret-loi de 1937, le notaire n'avait qu'un rôle purement passif : il était un agent enregistreur⁵ et sa mission consistait à recevoir la déclaration des fondateurs et à lui conférer la forme authentique. Il n'avait ni le pouvoir ni l'obligation de s'assurer de l'exactitude et de la sincérité des affirmations des fondateurs et d'effectuer une vérification qui incombait à l'assemblée générale⁶. Il n'était responsable que dans certains cas⁷, par exemple, pour vice de forme dans la déclaration, lorsqu'il avait eu connaissance des fraudes commises, a fortiori lorsqu'il avait participé lui-même à ces fraudes, quand il avait souscrit des actions de la société dont il recevait la déclaration ou lorsqu'il était parent au degré prohibé d'un des souscripteurs. Toutefois, le notaire n'encourait aucune responsabilité à raison

¹ Moreau, t. 1, n° 374; Escarra et Rault, t. 2, n° 633; Paris, 28 octobre 1922, J.S. 1924, p. 389; Lyon, 14 juin 1895, S. 1896.2.213.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 633; Thaller et Pic, t. 2, n° 915.

³ Escarra et Rault, t. 2, n° 631.

⁴ Riom, 26 février 1908, J.S. 1908, p. 357; Lyon, 14 juin 1896, S. 1896.2.213; Cass., 10 novembre 1897, J.S. 1898, p. 12.

⁵ Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, n° 74.

⁶ Moreau, t. 1, n° 375; Conseil, p. 211 *in fine*; Cass., 31 janvier 1938, et Paris 22 mai 1936, J.S. 1938, p. 221; Seine, 14 janvier 1910, J.S. 1911, p. 373.

⁷ Moreau, t. 1, n° 375; Copper Royer, n° 76; Conseil, p. 212; Deyzac, *Journal des notaires* 1937, p. 578 s; Seine, 14 janvier 1910, J.S. 1911, p. 373.

des inexactitudes contenues dans la déclaration dans les cas où sa mauvaise foi ne pouvait être démontrée ¹.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, le décret-loi de 1937 a complété l'article premier de la loi de 1867 en lui ajoutant un nouvel alinéa qui impose au notaire l'obligation de se faire « présenter les bulletins de souscription et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds » (al. 11 nouveau). Toutefois ce certificat n'est exigé que si les fonds versés à la société ont été déposés à la Caisse des dépôts et consignations ou auprès d'un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration. Par conséquent, le notaire est responsable de l'exécution de l'obligation qui lui est imposée par cette nouvelle disposition et sa responsabilité est en cause lorsqu'il a négligé de se faire présenter les bulletins de souscription ou le certificat du dépositaire lorsque les fonds de la société n'ont pas été déposés dans son étude. Il doit donc vérifier les énonciations des bulletins de souscription et s'assurer de ce que toutes les mentions prescrites par la loi y ont été portées réellement ². Il est également tenu de vérifier la concordance entre le total des sommes mentionnées sur chacun des bulletins avec la liste des souscripteurs et l'état des versements effectués par eux ³. Il peut ainsi constater que le capital social a été intégralement souscrit et que les versements légaux ou statutaires ont été réellement effectués, ce qui l'amène à contrôler en général l'exactitude et la sincérité des opérations constitutives entreprises par les fondateurs de la société ⁴.

Si l'examen des bulletins de souscription ou du certificat du dépositaire fait apparaître que le capital n'a pas été intégralement souscrit ou que le versement du premier quart n'a pas été effectué, ou encore, si l'une des mentions du bulletin de souscription a été mal rédigée ou a été omise, quelle doit être l'attitude du notaire ? Il est de son devoir d'attirer l'attention des fondateurs sur les vices de constitution et de leur exposer la gravité des conséquences qui en découlent ⁵. Mais le notaire doit-il refuser de prêter son ministère pour passer la déclaration, lorsque les irrégularités qu'il a signalées n'ont pas été réparées ? La loi est muette sur ce point. Certains auteurs ⁶ affirment qu'il doit le faire et nous sommes de leur avis car les réserves qu'il a pu formuler à l'égard des fondateurs en leur signalant les irrégularités peuvent certes dégager

¹ Moreau, t. 1, n° 375 ; Conseil, p. 212.

² Conseil, p. 216.

³ Solus, n° 27 ; Escarra et Rault, t. 2, n° 364 ; Ripert, n° 972 ; Moreau, t. 1, n° 375 ; Conseil, p. 206 *in fine* ; Charron, Journal des notaires 1937, p. 214.

⁴ Conseil, *loc. cit.*, et p. 218 ; Moreau, t. 1, n° 375.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, n° 634 ; Conseil, p. 219.

⁶ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.* ; Bosvieux, J.S. 1938, p. 30.

sa responsabilité vis-à-vis de ceux-ci, mais non pas à l'égard des actionnaires et encore moins des créanciers sociaux ¹.

Néanmoins, d'autres auteurs ² prétendent qu'il faut s'en tenir à la solution admise sous l'empire de la loi de 1867 qui donnait au notaire un rôle passif, celui de simple rédacteur des affirmations des fondateurs, ce qui n'est guère conforme à l'esprit du décret-loi de 1937.

Le rôle du notaire en ce qui concerne le projet de statuts suscite le problème suivant : le notaire doit-il exiger une copie du projet de statuts déposé au greffe du Tribunal du siège social, afin de constater que la teneur dudit projet est toujours la même et que les fondateurs n'y ont apporté aucune modification depuis que les souscriptions ont été recueillies, ou bien est-il suffisant que les fondateurs déclarent simplement que le texte de statuts qu'ils lui remettent est identique au projet déposé ³ ?

Une partie de la doctrine ⁴ affirme, à juste titre, nous semble-t-il, que le notaire doit recevoir une copie du projet de statuts déposé au greffe, ce qui lui permet de se rendre compte de la teneur dudit projet et ce qui rend plus efficaces les dispositions du décret-loi de 1937 concernant l'obligation des fondateurs de déposer le projet de statuts au greffe du tribunal avant de recueillir les souscriptions. D'autres auteurs ⁵ prétendent que l'affirmation des fondateurs devrait suffire étant donné que la présentation d'une copie de statuts présente des difficultés d'ordre pratique.

Qu'arrive-t-il lorsque des causes de nullité ou des irrégularités apparaissent dans le projet de statuts au moment du dépôt au greffe du Tribunal de commerce du siège social ⁶ ? La responsabilité du notaire est-elle en jeu ? Certains auteurs ⁷, dont nous partageons l'opinion, estiment que le notaire n'est responsable que dans le cas où il a participé à la rédaction du projet des statuts, en qualité de conseil des parties. Pour d'autres ⁸, il faut faire la distinction suivante : en ce qui concerne les formalités constitutives de la société, le notaire doit signaler aux fondateurs les causes de nullité et les irrégularités et si ces dernières ne sont pas réparées, il peut refuser de prêter son ministère pour rédiger la déclaration. Mais si les irrégularités existantes n'invalident pas la constitution de la société, s'il s'agit, par exemple, d'irrégularités

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 634; Bosvieux, J.S. 1938, p. 30.

² Charron, p. 214; Conseil, p. 220.

³ Conseil, p. 220.

⁴ Même auteur.

⁵ Charron, Journal des notaires 1937, p. 214.

⁶ Bosvieux, J.S. 1938, p. 27; Charron, *loc. cit.*; Conseil, p. 221.

⁷ Bosvieux, *op. cit.*, J.S. 1938, p. 27.

⁸ Charron, *op. cit.*, Journal des notaires, 1937, p. 215.

intervenues à l'occasion des formalités de publicité, le notaire n'a pas le pouvoir de refuser son ministère pour la rédaction de la déclaration; tout ce qu'il peut faire, c'est d'attirer l'attention des fondateurs sur l'existence des causes de nullité, afin de dégager sa responsabilité.

La question de la vérification par le notaire de l'état et de la capacité des intéressés ¹.

Le notaire doit vérifier l'identité et la capacité des déclarants (gérants ou fondateurs) ¹, car il a l'obligation de procéder à la vérification de l'accomplissement des conditions de validité des actes qu'il passe.

Toutefois, en ce qui concerne l'identité des souscripteurs, une partie de la doctrine ² soutient que le notaire doit la vérifier, conformément aux règles posées par la loi du 25 Ventôse, an XI; s'il ne le fait pas, sa responsabilité est en cause. D'autres auteurs ³ estiment que le notaire n'est pas tenu de vérifier l'identité des souscripteurs. C'est à cette solution que nous nous rallions, car son contrôle restant purement matériel. Enfin, une autre partie de la doctrine ⁴ pense que le notaire doit, en tant que conseil des parties, vérifier l'état et la capacité des souscripteurs.

Quant à la capacité des souscripteurs, les commentateurs du décret-loi de 1937 affirment que le notaire n'est pas tenu de la vérifier ⁵. Mais si lors de la vérification des bulletins de souscription, le notaire constate certaines irrégularités ou vices apparents, on admet généralement qu'il doit les signaler aux déclarants et inviter ces derniers à les régulariser, faute de quoi, sa responsabilité pourrait être engagée ⁶.

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 634; Conseil, p. 218 *in fine*.

² Escarra et Rault, t. 2, n° 634.

³ Conseil, p. 218-219.

⁴ Thaller et Pic, *op. cit.*, t. 2, n° 918; Bosvieux, *op. cit.*, p. 27.

⁵ Moreau, *op. cit.*, t. 1, n° 375.

⁶ Escarra et Rault, t. 2, n° 634; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Bosvieux, *op. cit.*, J.S. 1938, p. 227; Conseil, *op. cit.*, p. 219.

⁷ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Bosvieux, *loc. cit.*; Conseil, *loc. cit.*; Charron, Journal des notaires, 1937, p. 214; Moreau, t. 1, p. 376.

LA RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

La responsabilité du notaire se fonde, en ce qui concerne l'accomplissement de sa mission dans la constitution de la société, d'une part sur l'application des dispositions de la loi de Ventôse, loi organique du notariat et, d'autre part, sur l'application des dispositions relatives aux sociétés par actions, notamment la nouvelle réglementation du décret-loi de 1937.

Nous savons que le décret-loi de 1937, en assignant un rôle effectif au notaire, lui a imposé certaines obligations. D'après les dispositions du décret-loi, le notaire doit se faire présenter les bulletins de souscription et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds. Si cette prescription n'est pas observée, la responsabilité du notaire se trouve engagée. Le notaire est également tenu de signaler aux fondateurs les irrégularités susceptibles d'entraîner la nullité de la société et il doit en exiger la régularisation, faute de quoi sa responsabilité est en cause ¹.

Le notaire peut être responsable pénalement, en vertu de l'article 15, alinéa 1, modifié par le décret-loi du 8 août 1935, qui stipule : « Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : 1) ceux qui, dans la déclaration notariée à l'article premier de la présente loi (loi de 1867) ont affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou ont déclaré de mauvaise foi que des fonds qui n'ont pas été définitivement mis à la disposition de la société ont été effectivement versés. »

La responsabilité du notaire peut aussi résulter de son incompétence *ratione persone* ², aux termes de l'article 8 de la loi du 25 Ventôse, an XI, dont la teneur est la suivante : « Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. » Cette disposition s'applique non seulement à la rédaction de l'acte de société, mais encore à la déclaration de souscription et de versement ³. De toute façon, les actes de société rédigés ou reçus par un

¹ Moreau, t. 1, n° 375; Thaller et Pic, t. 2, n° 918; Bosvieux, J.S. 1938, p. 27; Escarra et Rault, t. 2, n° 634; Conseil, p. 240.

² Yvernes, p. 128.

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 863; Escarra et Rault, t. 2, n° 559.

notaire frappé d'interdiction en vertu de la disposition que nous venons de citer, sont considérés nuls en tant qu'actes authentiques, mais peuvent valoir comme actes sous seing privé. Toutefois, dans le cas de la déclaration notariée ¹, elle doit être considérée comme nulle absolument, puisque la loi dispose formellement qu'une telle déclaration doit être faite en la forme authentique ².

Nous voyons donc que toute infraction aux dispositions légales entraîne la nullité de la société, une nullité d'ordre public ³ et le notaire est, de plus, responsable du préjudice causé par l'annulation de la société ⁴.

A part les cas que nous venons de mentionner, la responsabilité du notaire peut être engagée pour vice de forme affectant l'acte de société ⁵ ou encore pour vice de fond, spécialement dans le cas où une erreur de droit a été commise au cours de la rédaction de la déclaration, ce qui est inexcusable. Sa responsabilité sera toutefois écartée s'il s'agit « d'une de ces questions controversées et litigieuses sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine présentent de graves incertitudes. » ⁶

Le notaire est responsable selon le droit commun et en vertu des principes généraux du mandat salarié, ceci même si l'erreur est légère et excusable ⁷.

En ce qui concerne la responsabilité du notaire en tant que conseiller des parties, il faut distinguer deux cas : s'il s'agit de conseils donnés par le notaire aux parties à l'occasion d'un acte de son ministère ⁸, sa responsabilité est en jeu, car « le conseil revêt ici un certain caractère officiel auquel il est nécessaire d'ajouter une certaine garantie » ; or, cette garantie ne peut se traduire que sous la forme d'une responsabilité du notaire ⁹. Mais s'il s'agit de conseils donnés en dehors du cadre de ses fonctions, la responsabilité du notaire est celle d'un simple par-

¹ Conseil, p. 240 ; Yvernès, *loc. cit.*, p. 126.

² Conseil, *loc. cit.*

³ Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.* ; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.* ; Cass., 10 novembre 1897, J.S. 1898, p. 12 ; Lyon, 14 juin 1895, S. 1896.2.213.

⁴ Les mêmes auteurs et Conseil, p. 240-241.

⁵ Douai, 20 décembre 1904, J.S. 1905, p. 380 ; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.* ; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.* ; Conseil, p. 238.

⁶ Cass., 9 mai 1916, D. 1921.1.24 ; 11 mai 1918, D. 1922.1.149 ; Bosvieux, *Nullité d'une société anonyme, erreur de droit, responsabilité des fondateurs*, J.S. 1910, p. 49 s.

⁷ Thaller et Pic, t. 2, n° 863 ; Conseil, p. 239.

⁸ Yvernès, *op. cit.*, p. 133 s.

⁹ Yvernès, p. 134.

ticulier ¹, et nous savons que « le droit commun en la matière s'exprime par l'adage : *nemo ex consilio obligatus* ². Cependant, si le conseil est donné de manière frauduleuse, il peut en résulter une certaine responsabilité dans la mesure où ce conseil est constitutif d'un dol ³.

¹ Yvernès, *op. cit.*, p. 133.

² Ibidem.

³ Ibidem.

Chapitre VII

LA PUBLICITÉ LÉGALE

La justification de la publicité et son principe.

La nécessité d'une publicité sérieuse et efficace est unanimement reconnue. Toutes les législations modernes ont adopté ce principe. D'ailleurs, la loi exige depuis longtemps que toute société commerciale soit portée à la connaissance du public avec toutes ses caractéristiques. La raison fondamentale sur laquelle se fonde le principe de la nécessité de la publicité ¹ est la suivante : lorsqu'une société commerciale se constitue, elle devient peu après une personnalité juridique qui se meut aussi bien dans le monde juridique que dans le monde des affaires. Et avant même d'acquérir cette personnalité, la future société est obligée de se soumettre à un certain nombre de formalités, en particulier lors de l'émission des actions par voie d'appel au public ². Donc avant, comme après, un système de publicité est nécessaire. Dès qu'elle a acquis la personnalité juridique, la publicité joue un rôle encore plus important; en effet, pour protéger l'épargne ³ et toutes les personnes intéressées à la société, il est nécessaire que les tiers soient au courant de l'activité de la société.

Aperçu général sur la publicité depuis le Code de commerce jusqu'à ce jour ⁴.

Renvoi aux règles générales.

Le système de la publicité, introduit dans le Code du commerce existait déjà dans l'ordonnance de 1673 et fut complété par la loi de

¹ Barthas, *La nouvelle publicité des sociétés commerciales*, thèse, Toulouse 1936, n^{os} 11 et 55.

² Thaller et Pic, t. 1, n^o 246.

³ Thaller et Pic, t. 1, n^o 246; Thaller et Percerou, t. 1, n^o 359.

⁴ Sur la publicité dans l'ancien droit, cf. Thaller et Pic, t. 1, n^o 248, et Barthas, p. 14 s.

1833. Il a rendu obligatoire la publication d'un extrait du contrat de société afin de renseigner les tiers sur le contenu de ce contrat.

Par une loi de 1867 le législateur a refondu les règles de la publicité pour toutes les sociétés commerciales excepté les sociétés en participation.

Etant donné les lacunes et les défauts de la publicité établie par la loi du 24 juillet 1867, une nouvelle loi fut promulguée, celle du 31 janvier 1907. Celle-ci institua une autre forme de publicité qu'il adopta à l'émission des actions. L'article 3 de ladite loi exige l'insertion d'une notice au bulletin des annonces légales obligatoires (B.A.L.O.) lors de « l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché d'actions, d'obligations, ou de titres de quelque nature qu'ils soient, des sociétés françaises et étrangères, en ce qui concerne les titres offerts au public. »

Par la loi du 18 mars 1919, le registre du commerce fut institué, mais ce système était incomplet et compliqué; pour arriver à le perfectionner, plusieurs réformes ont dû être réalisées : la loi du 28 mars 1931 rendit obligatoires certaines inscriptions essentielles telles que l'autorisation donnée aux mineurs d'exercer une activité commerciale. Le décret du 30 octobre 1935 exigea des déclarations plus complètes au registre du commerce et institua un registre central. La loi du 9 avril 1949 institua le bulletin officiel du registre du commerce et du registre des métiers. Malgré toutes ces réformes, le registre du commerce n'était pas encore l'organe unique de la publicité. C'est finalement par le décret (n° 53-705) du 9 août 1953 remaniant le système du registre du commerce, qu'un degré de perfection fut atteint.

Et le décret-loi du 30 octobre 1935 a apporté une grande réforme en ce qui concerne les formalités de publicité. Cette réforme porte sur les points suivants ¹ :

- 1) publicité de l'acte constitutif;
- 2) publicité des modifications apportées à l'acte constitutif ou survenus au cours de la vie sociale;
- 3) règles spéciales concernant les sociétés à succursales et agences.

Depuis cette réforme, pour toutes les sociétés qui ont une ou plusieurs succursales dans les arrondissements autres que celui du siège social, la publication ordonnée par les articles 52 et 56 de la loi de 1867, doit être faite dans chacun des arrondissements où se trouve la succursale (art. 61 de la loi de 1867, modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935);

¹ Solus, p. 34.

4) sanction de l'inobservation des formalités de publicité.

La réforme réalisée par les décrets des 8 août et 30 octobre 1935 ¹ concernait l'interdiction du colportage pour l'achat ou la vente de valeurs mobilières et la réglementation du démarchage. Cette réforme s'est poursuivie par le décret des 28 avril et 14 juin 1938 relatifs à la protection de l'épargne et par celui du 17 juin 1938 pour faciliter l'investissement de capitaux.

Enfin le décret-loi du 31 août 1937 a modifié et complété les formalités de publicité concernant les sociétés par actions, formalités prévues dans les décrets de 1935 mais déjà énoncées dans la loi de 1867. Ces modifications concernaient le dépôt préalable du projet des statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social, rédaction obligatoire du bulletin de souscription et la vérification notariale..

Nous venons d'étudier les règles concernant la publication des sociétés; nous allons voir plus en détail les règles particulières aux sociétés anonymes, et spécialement les règles concernant la prescription.

Section 1

DIFFÉRENTES FORMES DE PUBLICITÉ

A. *Publicité substantielle.*

1. *Dépôt au greffe du Tribunal du commerce.*

L'article 55 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935 et celui du 9 août 1953 (n° 53-705), complété lui-même par le règlement administratif du 6 janvier 1954 (n° 54-37) exige le dépôt au greffe du Tribunal de commerce du siège social de deux originaux de l'acte constitutif de la société, s'il est sous seing privé ou de deux expéditions, s'il est notarié.

A cet acte constitutif doivent être annexés les documents imposés par l'article 55 de la loi de 1867 :

- a) deux expéditions de la déclaration notariée, constatant la souscription du capital social et le versement légal ou statutaire effectué par chacun des souscripteurs;
- b) deux exemplaires certifiés de la liste des souscripteurs annexée à

¹ Pour tous les détails, voir Thaller et Pic, t. 1, n° 235 quater.

la déclaration notariée indiquant leurs noms, prénoms, qualités et demeures, le nombre des actions souscrites et le montant des versements effectués par chacun d'eux;

- c) deux copies certifiées des délibérations prises par la ou les assemblées constitutives et des rapports établis par les commissaires concernant les apports en nature et les avantages particuliers.

La réforme réalisée par le décret-loi du 30 octobre 1935 a supprimé le dépôt des pièces citées ci-dessus et l'a remplacé par le dépôt de deux exemplaires ou expéditions de la liste des souscripteurs en appliquant cette disposition aux sociétés en commandite par actions alors que l'article 55 ancien ne visait que les sociétés anonymes et ne prévoyait le dépôt que d'un seul exemplaire de la liste ¹.

L'article 61 vise les sociétés qui ont une ou plusieurs succursales situés dans divers arrondissements. Il dispose que le dépôt doit être effectué dans chacun des arrondissements où est établie une succursale. Aux termes de l'article 55 nouveau, le dépôt doit être effectué dans le mois de la constitution de la société et par les administrateurs de la société.

Le dépôt est constaté par un procès-verbal du greffier ². Ce dernier ne possède aucun pouvoir de contrôle sur la régularité des documents qui lui sont remis. Il n'a qu'un pouvoir passif, celui de recevoir des documents exigés. Il n'a pas le droit de refuser de recevoir ces documents sans encourir une responsabilité, pour quelque motif que ce soit ³. En ce qui concerne l'obligation de déposer deux exemplaires de l'acte constitutif au greffe, celle-ci s'explique pour la raison suivante : l'un des deux exemplaires est conservé par le greffier et l'autre doit être remis à l'Institut national de la propriété industrielle ⁴ auprès duquel le registre central est établi.

Communications aux tiers :

Selon l'article 63 de la loi de 1867, toute personne a le droit de prendre connaissance des pièces déposées au greffe du Tribunal de commerce ou de celles conservées par l'Institut national de la propriété industrielle. Quiconque a même le droit de se faire délivrer à ses frais expéditions ou extraits par le greffier du Tribunal ou par le directeur de cet

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 1081.

² Moreau, t. 1, n° 422.

³ Escarra et Rault, t. 1, n° 136; Thaller et Pic, t. 1, n° 261-270; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 460.

⁴ Moreau, t. 1, n° 422; Solus, n° 36.

Institut, et lorsqu'il s'agit d'une société anonyme par le notaire détenteur de la minute.

2. *La publication d'un extrait de l'acte de société dans un journal d'annonces légales et les mentions qui doivent figurer dans l'extrait publié.*

- A) Le journal d'annonces légales : Selon l'article 56 nouveau de la loi de 1867, un extrait de l'acte constitutif doit être publié dans un délai d'un mois dans l'un des journaux désignés pour la publication des annonces légales.
- B) Les mentions qui doivent être publiées dans l'extrait : l'article 57 de la loi de 1867 modifié par le décret-loi du 20 octobre 1935 exige les mentions suivantes, caractéristiques et essentielles de la société :
 - a) La forme de la société ¹.
 - b) La raison sociale ou la dénomination commerciale de la société.
 - c) L'objet de la société.
 - d) Le siège de la société; l'indication des lieux des succursales n'est pas obligatoire ².
 - e) Les noms, prénoms, qualités et adresses personnelles des associés tenus indéfiniment et personnellement des dettes sociales.
 - f) Les noms, prénoms, qualités et adresses personnelles des associés ou des tiers ayant le pouvoir de gérer ou d'administrer la société, des membres du Conseil de surveillance des sociétés en commandite et des commissaires de surveillance des sociétés anonymes.
 - g) Le montant du capital social, le montant des apports en numéraire ainsi que la description sommaire et l'estimation des apports en nature.
 - h) Dans les sociétés en commandite, le montant des sommes ou valeurs fournies ou à fournir par les commanditaires.
 - i) Le cas échéant, dans les sociétés anonymes, les dispositions des statuts relatives à la constitution des réserves extraordinaires.
 - j) S'il a été créé des actions à droit de vote double ou émis des parts de fondateur : la loi du 13 novembre 1933 a créé les actions à droit de vote double et annulé les actions à vote plural ; elle a

¹ Cf : Bosvieux, les règles relatives à la publicité des sociétés commerciales, J. S. 1936, p. 513 et surtout p. 523 et p. 527; Moreau, t. 1, N° 424.

² Bosvieux, J. S. 1936, précité, p. 523; Moreau, t. 1, N° 424.

également réglementé le droit de vote des actionnaires dans les assemblées générales ¹.

k) La date de la fondation de la société et celle de sa dissolution.

l) Le greffe du Tribunal de commerce auquel a été effectué le dépôt prévu à l'article 55 et la date de ce dépôt.

La question se pose de savoir dans quel délai le dépôt au greffe et la publication de l'extrait dans le journal d'annonces légales doivent être effectués. Selon les articles 55 et 56 nouveaux, toutes ces formalités doivent être effectuées dans le mois de la constitution de la société.

Il s'agit donc d'un délai franc ².

Le jour de la constitution de la société : le *dies a quo* n'est pas compté dans le calcul de ce délai ³. L'exigence légale concernant le délai d'un mois est d'ordre public, par conséquent, toutes conventions contraires entre les associés de proroger ⁴ ou prolonger ⁵ ce délai d'un mois doivent être considérées comme nulles et non avenues. La jurisprudence admet cependant une exception pour la publication concernant les succursales établies dans les territoires d'outre-mer : le délai peut être prolongé dans les mêmes conditions que celui de l'ajournement ⁶.

— Le point de départ du délai est le jour de la constitution définitive de la société ⁷, c'est-à-dire le jour où les administrateurs et les commissaires aux comptes sont nommés et ont accepté leur fonction ⁸. Mais qu'en est-il du cas où la constitution de la société est subordonnée à une condition suspensive ?

La question est controversée dans la doctrine et la jurisprudence. Pour les uns, le principe de la rétroactivité doit être mis en application. Or, selon ce principe, le point de départ du délai est le jour de la signature de l'acte de société ⁹. Pour les autres, le délai doit courir dès le jour de la réalisation de la condition suspensive ¹⁰. Mais, étant donné

¹ Moreau, t. 1, N° 424.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 797; Thaller et Pic, t. 1, N° 303; Escarra et Rault, t. 1, N° 140; *Contra*, Hamel et Lagarde, t. 1, N° 450.

³ Mêmes auteurs et Moreau, t. 1, N° 421.

⁴ Thaller et Pic, t. 1, N° 303; Escarra et Rault, t. 1, N° 140; cass. 24, janvier 1872, S. 1872.1.380.

⁵ Mêmes auteurs; Rennes 3 août 1894. Gaz. pal, 1894.2.403.

⁶ Thaller et Pic, t. 1, N° 303; Houpin et Bosvieux, t. 2, N° 1201; Escarra et Rault, t. 1, N° 140; Trib. com. Lyon, 12 août 1920. D. 1922.2.125, req. 27 décembre 1928. Rev. Soc. 1928, p. 127.

⁷ Thaller et Pic, t. 1, N° 304; Houpin et Bosvieux, t. 2, 1201; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 192; Escarra et Rault, t. 1, N° 140; Moreau, t. 1, N° 421; Cass. 1^{er} février 1881. D. 1883.1.415; Lyon, 5 avril 1881. D. 1883.2.32.

⁸ Mêmes auteurs.

⁹ Lyon, 2 février 1882, J.S. 1886, p. 67; Rennes, 3 août 1894, J.S. 1895, p. 395.

¹⁰ Cass., 4 août 1847, S. 1847.1.649; Houpin et Bosvieux, t. 2, N° 1201; Moreau, t. 1, N° 424.

les hésitations de la jurisprudence, une solution intermédiaire semble être prise en considération : il faudra faire la publication des actes suivants dans le mois de leur date respective :

- a) l'acte de société;
- b) l'acte constatant la réalisation de la condition indiquant la constitution définitive de la société ¹.

— La publicité dont nous avons parlé est une publicité substantielle, car, à défaut de cette publicité, la nullité de la société peut être mise en jeu, sous réserve des régularisations prévues à l'article 8 de la loi de 1867 modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935 (article 58).

B. *Publicité complémentaire :*

Il est évident que l'acte de la société peut être souvent modifié. Selon l'exigence légale prescrite par l'article 59 nouveau de la loi de 1867, toutes modifications touchant l'acte de la société doivent être publiées et déposées au greffe du Tribunal de commerce du siège social. Or, au sujet de tout ce qui touche l'acte de la société, le public doit en être informé. Aux termes de l'article 59 nouveau, sont soumis au dépôt au greffe du Tribunal de commerce du siège social :

1. tous actes et délibérations ayant pour objet la modification de l'une quelconque des clauses de l'acte de société dont l'extrait publié dans le journal doit faire mention, aux termes de l'article 57, à l'exception des changements de membres du conseil de surveillance, d'administrateurs, et de commissions de surveillance, dans les sociétés par actions;
2. tous actes et délibérations constatant la dissolution de la société avant terme et le mode de liquidation.

L'article 59 prescrit également que sont publiés par extraits dans le journal d'annonces légales :

1. toutes modifications dans les dispositions dont l'article 57 prescrit la publication, à l'exception des changements de membres du conseil de surveillance, d'administrateurs ou de commissaires de surveillance dans les sociétés par actions;
2. la nullité et la dissolution de la société ainsi que les noms et adresses des liquidateurs et les pouvoirs de ces derniers.

¹ Thaller et Pic, t. 1, N° 304; Escarra et Rault, t. 1, N° 140; Hamel et Lagarde, t. 1, N° 450.

C. *Publicité permanente* :

Cette publicité porte sur les deux points suivants :

- 1) Aux termes de l'article 63 nouveau de la loi de 1867, « toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées au greffe du Tribunal de commerce ou de celles transmises par le greffier à l'Institut national de la propriété industrielle en application de l'article 10 de la loi du 18 mars 1919, ou de s'en faire délivrer à ses frais, expédition ou extrait par le greffier ou par le directeur de cet institut, ou, lorsqu'il s'agit d'une société par actions, par le notaire détenteur de la minute. Lorsqu'il s'agit d'une société par actions, toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré au siège de la société une copie certifiée conforme des statuts mis à jour, moyennant paiement d'une somme n'excédant pas cinq francs. A cette copie seraient annexées la liste des membres en exercice du conseil de surveillance des sociétés en commandites et celle des administrateurs et des commissaires de surveillance en exercice des sociétés anonymes ».
- 2) Aux termes de l'article 64 nouveau : « dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandites par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots, écrits lisiblement en toutes lettres : Société anonyme, ou société en commandite par actions, et de l'énonciation du montant du capital social. Si la société a usé de la faculté accordée par l'article 48, cette circonstance doit être mentionnée par l'addition de ces mots : à capital variable... Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 12 000 francs à 240 000 francs.

Section 2

DÉFAUT DE PUBLICATION OU PUBLICATION INCOMPLÈTE

Le cas de l'inobservation des dispositions des articles 55, 56 et 57 nouveaux de la loi de 1867 est prévu à l'article 58 nouveau : l'inobservation des formalités de dépôt et de publicité prescrites aux articles 55, 56 et 57 entraînera la nullité de la société sous réserve des régularisations prévues à l'article 8. Toutefois, les associés ne peuvent se pré-

valoir vis-à-vis des tiers de cette cause de nullité. Or, aux termes dudit article, la nullité de la société peut être demandée aussi bien dans le cas d'absence totale de publicité que dans le cas de publication incomplète ¹.

Donc la nullité peut être prononcée :

- 1) si la formalité de dépôt de l'acte constitutif au greffe du Tribunal de commerce du siège social et si l'insertion de l'extrait dans un journal d'annonces légales, n'ont pas été faites ²;
- 2) si, lors du dépôt de l'acte constitutif de la société, les pièces prévues à l'article 55 n'ont pas été annexées ³;
- 3) si le dépôt de l'acte n'a pas été effectué dans le mois de la constitution de la société ⁴;
- 4) si l'insertion ne contient pas l'extrait des pièces jointes au dépôt prouvant ainsi la constitution de la société ⁵;
- 5) si la société a une ou plusieurs succursales situées dans divers arrondissements, l'insertion légale n'a pas été effectuée au lieu de chacune de ces succursales ⁶;
- 6) si l'une ou plusieurs des énonciations prescrites par l'article 57, qui doivent être mentionnées dans l'extrait, n'a pas été l'objet de la publicité ⁷.

L'omission des mentions dont la loi ne prescrit pas l'insertion, et qui intéressent seulement des tiers, ne fait que rendre ces mentions inopposables aux tiers ⁸.

— Le défaut de publicité ou simplement une publicité incomplète est une nullité d'ordre public ⁹. Cette nullité ne découle pas de plein droit, elle doit faire l'objet d'une demande de n'importe quel intéressé et doit être déclarée par le juge ¹⁰. Quels sont les intéressés ? Ce sont les actionnaires, les créanciers personnels des associés, les créanciers de la

¹ Bosvieux, J. S. 1936. « Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales ». p. 527, voir également Moreau, t. 1, N° 426; Escarra et Rault, t. 2, N° 726.

² Bosvieux, J. S. 1936, précité, p. 527; voir également Moreau, t. 1, N° 426; Escarra et Rault, t. 2, N° 726.

³ Mêmes auteurs.

⁴ Mêmes auteurs.

⁵ Mêmes auteurs.

⁶ Bosvieux, précité, p. 528, cass. 21 octobre 1916. S. 1916.1.145, note Lyon-Caen.

⁷ Bosvieux, ibidem; Moreau, t. 1, N° 426.

⁸ Civ. 22 décembre 1874, D. 1875.1.254.

⁹ Thaller et Pic, t. 1, N° 310 ter; t. 2, note 5. Bosvieux, J. S. 1936, précité, p. 529; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 216; Houpin et Bosvieux, t. 2, N° 1021; Rousseau, t. 1, N° 407.

¹⁰ Thaller et Pic, loc. cit.; Houpin et Bosvieux, loc. cit.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 217; cass. 5 janvier 1886. D. p. 1886.1.22; REQ 5 juillet 1900, D. p. 1902.1.89, note Thaller.

société, les porteurs de parts de fondateur et toute personne ayant un intérêt pécuniaire, juridique et légitime ¹. Toutes ces personnes ont le droit d'exercer l'action en nullité. L'article 58 nouveau prévoit pourtant une exception : « les associés ne pourront se prévaloir vis-à-vis des tiers de cette clause de nullité ». Ces tiers sont ceux qui ont la faculté de choisir suivant leur intérêt entre le maintien de la société ou son annulation.

En vertu de l'article 8 de la loi de 1867, l'action en nullité pour défaut de publicité ou pour publicité incomplète est considérée comme éteinte automatiquement si la cause de nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande et même pendant que le tribunal statue sur le fond en première instance. Ce tribunal peut même d'office fixer un délai pour la réparation du vice.

L'action en nullité doit être intentée contre le conseil d'administration ou contre le liquidateur en cas de dissolution de la société ².

La nullité de la société pour défaut de publication ou pour publication incomplète entraîne la responsabilité des administrateurs dans la mesure où les actionnaires et les tiers ³ ont subi un préjudice résultant de cette nullité. Mais les actionnaires n'encourent jamais de responsabilité.

Le notaire qui rédige l'acte de société ou la déclaration notariée de souscription et de versement n'a pas l'obligation de s'occuper des formalités de publication. Il n'encourt aucune responsabilité s'il n'accomplit pas ces actes de publicité. Par contre, s'il s'est engagé à faire ces actes de publicité même implicitement, il est responsable en vertu des principes généraux du mandat. Il a été même jugé qu'un notaire était responsable de la publication, par erreur, d'une clause non comprise dans les statuts et engageant la société ⁴.

¹ Sur la définition de l'intéressé, Paris, 9 décembre 1932, D. 1934.2.19, et la note de Pic. Voir également Thaller et Pic, t. 1, N° 311; Moreau, t. 1, N° 426.

² Moreau, t. 1, loc. cit.

³ Moreau, t. 1, N° 427; cass. 19 mars 1923, D. p. 1926.1.123.

⁴ Moreau, t. 1, loc. cit; Bourg, 26 juin 1923, J. S. 1925, p. 663.

Chapitre VIII

SANCTION DES RÈGLES DE CONSTITUTION ET SPÉCIALEMENT DES RÈGLES CONCERNANT LA SOUSCRIPTION

Ce chapitre est consacré aux mesures prises par le législateur pour donner une garantie afin que la souscription ait été faite conformément aux dispositions légales édictées dans l'intérêt de l'épargne et du crédit.

La validité d'une société anonyme peut être mise en jeu par le simple fait qu'une des dispositions légales concernant la souscription n'a pas été respectée. Le législateur est très sévère à cet égard. La loi prévoit trois catégories de sanction :

- 1) la nullité de la société;
- 2) la responsabilité civile des fondateurs et administrateurs de la société;
- 3) la responsabilité pénale des fondateurs et des administrateurs.

Section I

NULLITÉ RÉSULTANT DE LA VIOLATION DES PRESCRIPTIONS CONCERNANT LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS

Il s'agit des infractions aux dispositions de la loi de 1867, aux décrets-lois les complétant et aux lois qui ont été assimilées par la loi de 1867. Le fondement de nullité des sociétés par actions est énoncé aux articles 7 et 41 de la loi de 1867. Selon cet article 7, « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi ». Selon l'article 41, « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, 23, 24 et 25 ci-dessus ».

Vices de constitution provenant de la violation des dispositions concernant la souscription.

Nous parlerons des vices de forme et des vices de fond.

A. Vices de forme.

- 1) Inobservation des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi de 1867 concernant le dépôt de projet des statuts sur papier libre, au greffe du Tribunal de commerce du siège social par les fondateurs. La nullité de la société peut être mise en cause dans le cas où le projet des statuts n'a pas été déposé au greffe du Tribunal de commerce du siège social, ou si le dépôt a été fait après des souscriptions, ou s'il a été fait au greffe d'un autre Tribunal que celui du siège social ¹, ou si le projet des statuts n'a pas été certifié par les fondateurs.
- 2) L'inobservation des dispositions de l'alinéa 4 et 5, de l'article 1 de la dite loi concernant la constatation du contrat de souscription par un bulletin de souscription, et la remise d'un exemplaire de ce bulletin sur papier libre au souscripteur. Si le bulletin de souscription fait défaut, la société est frappée de nullité. Il en est de même dans le cas où le bulletin de souscription a été signé par un mandataire non autorisé, ou au cas où le bulletin de souscription ne remplit pas les conditions de forme, ou encore au cas où un exemplaire du bulletin n'a pas été remis au souscripteur ².
- 3) Inobservation des dispositions des alinéas 9, 10, 11 et 12 de l'article premier, sur la déclaration notariée de souscription et de versement.

Dans ce cas la nullité de la société peut être mise en cause, si la déclaration ne provient pas de tous les fondateurs ou de leurs représentants munis d'un mandat authentique ³.

Si elle a été faite avant que les souscriptions aient été recueillies ou les versements légaux aient été effectués ⁴.

¹ Escarra et Rault, t. 2, N° 765.

² Pour les détails, voir Escarra et Rault, t. 2, N° 766.

³ Cass. 30 janvier 1893. D. 1893.1.224; S. 1897.1.493; Thaller et Pic, t. 2, N° 971; Escarra et Rault, t. 2, N° 767.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, N° 971; Escarra et Rault, t. 2, N° 767.

Si la dite déclaration a été entachée d'un vice de forme — incapacité du notaire et des témoins — ¹.

Si le notaire a négligé de se faire présenter les bulletins de souscription et le certificat du dépositaire constatant le versement des fonds (article premier, 2^e alinéa).

S'il a été omis d'annexer à ladite déclaration la liste des souscripteurs, l'un des doubles ou l'expédition de l'acte de société.

Si l'acte a été déposé ou passé chez un autre notaire que celui qui reçoit la déclaration (article premier, 12^e alinéa).

Si la liste des souscripteurs et l'état des versements ont été annexés à la dite déclaration avec des erreurs ou des inexactitudes pouvant prêter à confusion ².

Et si en cas d'augmentation du capital social, la part de la souscription réalisée en numéraire et la part réalisée par voie de transformation de créances en actions n'ont pas été indiquées (article premier, alinéa 10).

- 4) Inobservation des prescriptions de l'article premier, 13^e alinéa, concernant l'acte de société : s'il est sans seing-privé il sera rédigé en double exemplaire, quel que soit le nombre des associés. Un des exemplaires sera annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement et l'autre restera déposé au siège social.

B. *Vices de fond.*

Il y a vice de fond dans les cas suivants :

- 1) Défaut de souscription intégrale du capital social : pour que la souscription soit valable, le capital social doit être intégralement souscrit, faute de quoi elle peut être frappée de nullité. Cela constitue d'ailleurs une des causes les plus fréquentes de nullité ³.
- 2) Actions ou coupures d'actions émises à une valeur inférieure au minimum légal. Le décret-loi du 4 août 1949 a porté la valeur nominale minimale des actions ou des coupures d'actions à

¹ Article 8 de la loi du 25 ventôse an XI; Thaller et Pic, t. 2, N° 863 et 971; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 628; Escarra et Rault, t. 2, N° 767.

² Cass, 12 avril 1864. S. 1864.1.169; cass, 13 février 1894. D. 1894.1.165; Thaller et Pic, t. 2, N°s 863 et 971; Escarra et Rault, t. 2, N° 767.

³ Thaller et Pic, t. 2, note marginale (4) p. 320.

1000 francs et ce minimum est porté à 10 000 francs pour les sociétés constituées après le 31 août 1949.

- 3) Actions en numéraire non libérées du premier quart, ou versement statutaire non effectué, ou lorsque les fonds provenant de la souscription n'ont pas été déposés chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations.
- 4) Apports en nature non entièrement libérés.
- 5) Défaut de vérification de la sincérité de la déclaration notariée.
- 6) En cas d'augmentation du capital social, la société est frappée de nullité si le droit préférentiel de souscription du décret-loi du 8 août 1935 en faveur des anciens actionnaires n'est pas respecté et si le capital ancien n'avait pas été préalablement et intégralement libéré. (Article 4 de la loi du 4 mars 1949).
- 7) Violation des dispositions de l'article 23 de la loi de 1867 concernant le nombre minimum des associés. Dans ce cas, la société est frappée de nullité si le nombre des associés lors de sa constitution est inférieur à sept ¹.

Nature de la nullité de sociétés résultant de la violation des règles concernant la souscription.

La majorité de la doctrine ² considère que l'action en nullité pour vice de constitution est d'ordre public puisqu'elle a pour but la protection du crédit et de l'épargne.

Pour les autres auteurs ³, la nullité n'est pas d'ordre public, mais il faut lui réserver une place toute spéciale. Ils prétendent « qu'on ne peut pas dire qu'une nullité de cette nature soit d'ordre public » ⁴. Enfin, la nullité pour vice de constitution ressemble à la nullité d'ordre public : elle peut être invoquée par tout intéressé et la renonciation à l'exercice de l'action a pour conséquence la nullité, mais le vice de nullité peut être réparé. L'action en nullité se prescrit par cinq ans. Cette nullité ne peut être opposée au tiers par les associés.

¹ Cass, 28 décembre 1891, D. 1893.1.173; 11 avril 1927.1.25. note Pic.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 784; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 783; Thaller et Pic, t. 2, N° 978; Moreau, t. 1, N° 447.

³ Hémard : *Théorie et pratique des nullités de sociétés et de sociétés de fait*, 2^e édition, 1926, N° 299; Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, t. 1, N° 128, et *Traité des sociétés*, p. 378 et ss.; Escarra et Rault, t. 2, N° 787.

⁴ Car cette nullité « à l'exercice de laquelle on peut renoncer, sur laquelle on peut transiger, et qu'un acte contractuel peut faire disparaître » n'est pas une nullité d'ordre public. Copper Royer, loc. cit.; Hémard dit encore que la nullité « puisqu'elle est susceptible de se couvrir et même de se prescrire depuis la loi de 1893 ... la conception de la nullité absolue est détruite ». Hémard, N° 299.

Nécessité d'une décision judiciaire.

Bien que la nullité résultant de la violation des règles concernant la souscription soit une nullité d'ordre public, elle n'opère pas de plein droit, elle doit être prononcée judiciairement¹. L'action en nullité doit être formée contre la société, c'est-à-dire contre le représentant légal qui est le conseil d'administration ou contre le liquidateur si la société est dissoute². Mais si la société est en état de faillite, celle-ci est dirigée en la personne de son syndic³. L'action en nullité est irrecevable si elle a été formée contre les fondateurs qui n'ont plus rien à voir⁴. Mais la responsabilité des fondateurs peut cependant être mise en cause si, à la demande de la nullité, a été jointe une demande en responsabilité contre ces derniers. Dans ce cas, toutes les personnes sur qui repose la responsabilité de la nullité doivent être attaquées⁵.

L'action en nullité est recevable même lorsqu'elle n'a pas été accompagnée d'une action en responsabilité contre les fondateurs ou contre les premiers administrateurs⁶.

Des fins de non-recevoir contre l'action en nullité.

1) La réparation du vice de nullité.

2) La prescription.

Les fins de non-recevoir contre l'action en nullité fondée sur la violation des règles concernant la souscription sont une innovation introduite dans la loi de 1867 par la loi de 1893, modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935⁷. Or, le principe de fin de non-recevoir se trouve dans sa forme complète dans l'article 8 de la loi de 1867 qui est ainsi

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 769; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 217; Thaller et Pic, t. 2, N° 980; Moreau, t. 1, N° 447; Copper Royer, Traité des sociétés anonymes, t. 1, N° 129; Escarra et Rault, t. 2, N° 788; cass. 6 janvier 1886, S. 1886.1.241, note Labbé. D. 1886.1.122; 16 mai 1859, D. 1860.1.338; S. 1860.1.889; 12 juin 1901, J.S. 1902, p. 19; Douai, 15 novembre 1900, J.S. 1901, p. 302.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 769; Thaller et Pic, t. 2, N° 981; Escarra et Rault, t. 2, N° 801; Copper Royer, Traité des sociétés anonymes, t. 1, N° 136.

³ Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

⁴ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 762; Thaller et Pic, t. 2, N° 981; Escarra et Rault, t. 2, N° 801; Hénard, N° 455; Moreau, t. 1, N° 447; Cass, 1^{er} août 1927, J.S. 1928, p. 80; Agen, 20 novembre 1928, J.S. 1930, p. 211.

⁵ Mêmes auteurs, cass. 21 juillet 1890, S. 1892.1.502; 17 janvier 1905. D. 1906.1.169, note Thaller.

⁶ Houpin et Bosvieux, loc. cit.; Thaller et Pic, loc. cit.

⁷ Sur l'historique de cette question et pour tous les détails, voir Thaller et Pic, t. 2, N° 994 et ss.; Bosvieux : des modifications au régime de la nullité et de la responsabilité dans les sociétés par actions, J.S. 1936, p. 449 et ss.; Solus, N° 55 et ss.; Escarra et Rault, t. 2, N° 809 et ss.

conçu : « Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de convocation régulière de cette assemblée.

L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa condition est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande ou, en tout cas, au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. Nonobstant la régularisation, les frais des actions en nullité intentées antérieurement seront à la charge des défendeurs.

Le tribunal saisi d'une action en nullité pourra, même d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités.

L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue.

Les actions en nullité ci-dessus visées sont prescrites par cinq ans.

Ceci concerne les sociétés en commandite par actions.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, c'est l'article 42 qui prescrit que « l'action en nullité et celle en responsabilité sont soumises aux dispositions de l'article 8 ci-dessus ».

Aux termes de l'article 8, troisième alinéa, pour que l'action en nullité soit éteinte, une assemblée générale doit être convoquée et l'action en nullité ne sera plus recevable à compter de la date de la convocation régulière de cette assemblée¹. La convocation de cette assemblée ou de la première des assemblées dite assemblée régularisatrice, est faite par le conseil d'administration et si celui-ci refuse de la convoquer, les commissaires de compte peuvent la convoquer, et ceci selon l'article 32, alinéa 3, de la dite loi de 1867, complété par le décret-loi du 8 août 1935². En outre, il faut que cette convocation réponde aux conditions posées par la loi et les statuts et que la convocation soit intervenue avant que le tribunal ait été saisi de la demande³.

Il en est de même, c'est-à-dire l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande, ou en tout cas, au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance (article 8, alinéa 4).

¹ *Contra* : Escarra et Rault, t. 2, N° 811.

² Bosvieux, J.S. 1936, p. 453; Thaller et Pic, N° 1004; Percerou, note sous D. 1912.2.1; cass. 30 avril 1913, J.S. 1914, p. 369; Moreau, N° 449.

³ Bosvieux, J.S. 1936, précité, p. 453; Thaller et Pic, N° 1003; Moreau, op. cit.

Or, aux termes de cet alinéa, l'action en nullité sera éteinte si le vice de nullité a été effectivement réparé avant l'introduction de la demande¹. Il en est ainsi si la réparation du vice a lieu avant que le tribunal de première instance se soit prononcé.

Enfin, le tribunal saisi de l'action en nullité peut d'office fixer un délai pour couvrir la nullité (article 8, 5^e alinéa) : Ce droit reconnu au tribunal saisi de l'action en nullité aura pour conséquences le plus souvent d'éviter l'annulation et les effets néfastes qu'elle entraîne. On peut soulever la question de savoir si le Tribunal a le droit d'impartir un nouveau délai² au cas où la réparation du vice de nullité n'a pas été effectuée dans le délai imparti par le Tribunal.

La disposition de l'article 8, cinquième alinéa, disent Escarra et Rault, est une disposition tellement spéciale qu'il est impossible de penser que le délai puisse être renouvelé³.

Ainsi nous venons d'analyser les nouvelles dispositions du décret-loi du 8 août 1935, qui a apporté des innovations pour l'extinction de l'action en nullité : d'une part, il diminue le délai de la prescription et, d'autre part, la possibilité accordée au juge de donner aux parties un délai pour couvrir la nullité, permettra d'ores et déjà le plus souvent d'empêcher la société d'être annulée et de protéger ainsi les intérêts engagés dans l'affaire⁴. Or, l'intention du législateur a été de restreindre le plus possible la prononciation de la nullité des sociétés. Il y a là une idée fort heureuse⁵.

1. — *La réparation de la cause de nullité.*

Nous avons déjà parlé des différentes causes de nullité. Pour que ces causes cessent et que l'action en nullité soit éteinte, nous allons voir comment ces causes de nullité peuvent être réparées :

A. *Dépôt du projet de statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social :*

Si cette exigence légale édictée par l'article premier, 3^e alinéa, de la loi de 1867 fait défaut, on doit refaire le dépôt au greffe du Tribunal

¹ Thaller et Pic, N° 996 ; *contra* Bosvieux, J. S. : 1936, op. cit.

² Escarra et Rault, t. 2, N° 812.

³ Escarra et Rault, t. 2, N° 812.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, N° 1023 bis.

⁵ Solus, N° 61.

de commerce, et ceci sera effectué par les représentants de la société (le conseil d'administration) ¹.

A ce sujet, une question est controversée dans la doctrine : est-il nécessaire de réitérer la déclaration notariée et de réunir une nouvelle assemblée constitutive ? Pour certains auteurs ², l'affirmative s'impose. Pour la majorité des auteurs ³, dont nous partageons l'avis, il est inutile de réitérer la déclaration notariée ni de convoquer une nouvelle assemblée constitutive, du moment où il n'y a pas lieu de modifier le contenu des bulletins de souscription, du moment où le texte déposé tardivement pour couvrir la nullité est conforme à celui qui était soumis à l'approbation de l'assemblée ⁴. D'autre part, la formalité du dépôt préalable ne commande pas la déclaration notariée, elle n'en affecte en rien la validité ⁵.

B. *Double original* :

L'exigence légale prescrite par l'article premier, alinéa 13, et l'article 21 de la loi de 1867, concerne l'établissement des statuts, s'ils sont sous seing-privé, en double original.

Lorsqu'il n'a été établi qu'un seul exemplaire, la société est entachée de nullité et pour effacer cette nullité, les auteurs ⁶ partent du principe que les exécutions volontaires du contrat par les associés effacent la nullité. Il en est de même lorsqu'il n'a été établi qu'un seul exemplaire : la nullité sera couverte par l'établissement d'un second exemplaire portant la mention « fait double » ⁷, ou par le dépôt de l'original unique au rang des minutes du notaire ⁸.

C. *L'existence des bulletins irréguliers* :

L'hypothèse de l'absence de bulletins de souscription est bien rare ⁹, car la loi a imposé une obligation impérative au notaire de se faire

¹ Bosvieux : Les nouvelles règles relatives à la constitution et à l'augmentation du capital des sociétés par actions, J. S. 1938, p. 40-41 ; Escarra et Rault, t. 2, N° 816.

² Rousselet et Patin, N° 105 ; Moreau, t. 1, N° 449.

³ Bosvieux, J. S. 1938, p. 41 ; Escarra et Rault, t. 2, N° 816 ; Hamel et Lagarde, t. 1, N° 624.

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, op. cit.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, op. cit.

⁶ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 786 ; Hémard, N° 147, également, Escarra et Rault, t. 2, N° 817.

⁷ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 786 ; Escarra et Rault, t. 2, N° 812 ; Moreau, t. 1, N° 449.

⁸ Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

⁹ Bosvieux, J. S. 1938, p. 41.

représenter les bulletins de souscription pour qu'il puisse constater la concordance avec l'état de souscription et de versement (article premier, alinéa 11, de la loi de 1867). Mais s'il existe des bulletins irréguliers, pour couvrir la nullité, lesdits bulletins doivent faire place à des bulletins comportant toutes les mentions exigées par la loi ¹ et ces nouveaux bulletins devront contenir la signature des souscripteurs ou, à défaut, celle de leurs héritiers ou ayants-cause ².

Pour Bosvieux ³, il y a deux cas à distinguer : dans le cas où tous les bulletins sont irréguliers, il faut les remplacer par de nouveaux comportant toutes les mentions exigées par la loi. Mais, dans le cas où plusieurs d'entre eux sont irréguliers, Bosvieux ⁴ dit « qu'il nous paraîtrait excessif de considérer que la société est, par ce seul fait, annulable; à notre avis, c'est aux souscripteurs invoquant l'irrégularité qu'il appartiendra d'établir que celle-ci a vicié leur consentement, auquel cas la nullité de la société sera une conséquence de l'annulation de leur souscription, si elle est prononcée par le juge ».

De toute manière, par la réparation de ces irrégularités, la nullité sera couverte et il n'est pas nécessaire de réitérer la déclaration notariée ni de convoquer une assemblée constitutive ⁵.

D. *Nombre minimum des actionnaires :*

Aux termes de l'article 23 de la loi de 1867, une société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept. Dans le cas contraire, la société est entachée de nullité et, pour effacer cette nullité, l'un des actionnaires ou plusieurs d'entre eux doivent se dessaisir d'une partie de leurs actions en faveur de tiers, afin que le nombre d'actionnaires soit égal ou supérieur à sept ⁶. Si le nombre d'actionnaires est égal au minimum légal, et s'il existe parmi eux un incapable, le vice peut être effacé par la ratification ultérieure de l'incapable ⁷.

¹ Escarra et Rault, t. 2, N° 823; Moreau, t. 1, N° 449.

² Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

³ Bosvieux, p. 41.

⁴ Bosvieux, loc. cit.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

⁶ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 787; Thaller et Pic, t. 2, N° 998; Hémard, N° 274; Escarra et Rault, t. 2, N° 819; cass. 11 avril 1927. D. 1929.1.25 et note Pic; Bordeaux, 20 juillet 1931, D. 1932.2.129, et note Pic.

⁷ Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.; Bordeaux, 20 juillet 1931, précité.

Pour certains auteurs ¹, la nullité ne peut être couverte par le simple procédé de négociation d'actions. Aux yeux de ces auteurs, la nullité ne peut être couverte que par « une annulation de souscription et par une souscription nouvelle » ². Cette obligation n'est pas fondée et n'est qu'une affirmation, disent Escarra et Rault ³.

E. *Taux des actions :*

Si les actions ou coupures d'actions sont émises à un taux inférieur au minimum légal qui est de 10 000 francs, la société est entachée de nullité.

Pour régulariser cette situation, il faut élever le taux des actions ou des coupures d'actions au minimum légal et ceci, soit par le regroupement de deux ou plusieurs actions en une seule action, soit par l'augmentation du taux nominal de chaque action, et tout cela par une délibération de l'assemblée générale ⁴. Dans cette hypothèse, l'assemblée générale délibère-t-elle à la majorité ou à l'unanimité ? Si les mesures de régularisation contribuent à charger davantage les actionnaires, l'unanimité doit être requise ⁵, dans la négative la majorité suffira ⁶. Il existe un autre moyen pour couvrir la nullité dans le cas où la société a fonctionné et possède des réserves à sa disposition : l'assemblée générale extraordinaire peut, par un vote de majorité, élever le taux des actions ou de coupures d'actions au minimum légal ⁷.

F. *Irrégularités relatives à la déclaration notariée de souscription et de versement :*

Il arrive que la déclaration notariée dite de souscription et de versement fasse défaut ou ait été faite par un notaire incapable, ou bien soit nulle pour vice de forme ⁸; pour régulariser ces vices il faut faire une

¹ Moreau, t. 1, N° 449; Wahl: La réparation du vice de constitution résultant du défaut de souscription intégrale. J. S. 1931, p. 265.

² Moreau, t. 1, loc. cit.

³ Escarra et Rault, t. 2, p. 302, note 2 in fine.

⁴ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 788; Thaller et Pic, t. 2, N° 997; Moreau, t. 1, N° 449; Escarra et Rault, t. 2, N° 818.

⁵ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 788; Thaller et Pic, t. 2, N° 999; Escarra et Rault, t. 2, N° 818.

⁶ Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

⁷ Bosvieux, J. S. 1938, p. 40; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

⁸ Thaller et Pic, t. 2, N° 999; Escarra et Rault, t. 2, N° 825; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 790.

nouvelle déclaration conformément aux exigences légales prescrites par la loi et convoquer une nouvelle assemblée générale constitutive qui en vérifiera la sincérité ¹.

Une question est controversée dans la doctrine : par qui ladite déclaration est-elle faite, par les fondateurs ou bien par le conseil d'administration ?

Pour certains auteurs ², ladite déclaration doit être faite par les fondateurs. Thaller et Pic disent « en définitive, tant que le vice initial n'a pas disparu, la société est toujours virtuellement en période constitutive, les fondateurs sont toujours responsables et, par conséquent, c'est aux fondateurs que continue à incomber l'obligation de procéder à la déclaration notariée, susceptible de couvrir la nullité encourue et .. ». Pour cette partie de la doctrine, l'intervention du conseil d'administration n'est possible qu'exceptionnellement, par exemple en cas de décès du fondateur ³. Pour une autre partie de la doctrine ⁴, ladite déclaration doit être faite par les administrateurs. Ces auteurs se basent sur le fondement qu'une fois que la société a été constituée, le rôle des fondateurs est dévolu au conseil d'administration et c'est alors au conseil d'administration qu'incombe le devoir de faire ladite déclaration comme il le fait en cas d'augmentation du capital social ⁵. L'avis prononcé par les auteurs, partisans de la première solution, est critiqué et n'est basé sur aucun fondement juridique. On ne comprend pas en vertu de quel texte ni de quel principe le décès du fondateur permettrait au conseil d'agir ⁶.

H. *Souscription intégrale du capital social et versement légal :*

Il peut arriver que le capital social n'a pas été entièrement souscrit (en raison que certaines actions ont été souscrites fictivement, par exemple) ou que le versement légal n'a pas été effectué sur chaque action; pour régulariser le vice et pour que l'action en nullité ne soit

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 999; Escarra et Rault, t. 2, n° 825; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 790; Morcau, t. 1, n° 449; Hémard, n° 263; Bosvieux, J. S. 1938, p. 41 Copper Royer, t. 1, n° 58; Poitiers, 6 novembre 1899, J. S. 1900, p. 215; cass, 2 mars 1925, D. 1925.1.219; S. 1930.1.205.

² Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; voir également Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 790; Rousseau, N° 2046.

³ Mêmes auteurs.

⁴ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 785 b; Escarra et Rault, t. 2, N° 825; Copper Royer, t. 1, N° 138.

⁵ Mêmes auteurs.

⁶ Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

plus recevable. Il suffit que les actions qui n'ont pas été souscrites le soient par des actionnaires sérieux, ou que les souscripteurs fictifs soient remplacés par des souscripteurs sérieux ¹.

Il faut remarquer que la réduction du capital social à un montant représentant la valeur des actions valablement souscrites, ne serait pas valable ².

En ce qui concerne le versement légal, le versement complémentaire doit être effectué et ceci par le fonds de l'actionnaire lui-même, ou par l'aide de fonds d'emprunt ³.

Une question est controversée également dans la doctrine :

Il s'agit de savoir s'il est nécessaire de réitérer une nouvelle déclaration notariée et de convoquer une nouvelle assemblée pour vérifier la sincérité de la dite déclaration.

Pour une partie de la doctrine ⁴, l'affirmative est tenue, mais pour une autre partie de la doctrine ⁵, il n'y a pas lieu de réitérer une nouvelle déclaration notariée et convoquer une nouvelle assemblée pour en connaître la sincérité, mais ils ont des observations à faire : Pour Houpin et Bosvieux, il y a une hypothèse où la dite déclaration doit être refaite et doit être soumise à une nouvelle assemblée pour en vérifier la sincérité :

Si « la liste annexée à la première déclaration contenait des énonciations fausses ou inexactes sur l'individualité des souscripteurs ou sur le nombre d'actions souscrites par chacun d'eux ».

Pour Hémard, il y a deux cas à distinguer :

Il s'agit du cas où la déclaration notariée a été faite sur des souscriptions annulables ou en l'absence de souscriptions suffisantes. Il n'est donc pas nécessaire de la réitérer.

Dans le cas où le vice d'absence de souscription intégrale résulterait d'un apport fictif, la situation n'est pas la même, « car comment lui substituer un apport régulier sans recourir aux formalités de vérification et d'approbation requises par la loi ». Dans ce cas, il faut refaire une nouvelle déclaration et convoquer une nouvelle assemblée pour en reconnaître la sincérité.

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 789; Thaller et Pic, t. 2, N° 996; Moreau, t. 1, N° 449; Escarra et Rault, t. 2, N° 820; cass, 13 novembre 1907. D. 1909.1.56; Paris, 11 mars 1907. S. 1908.2.9.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, loc. cit.; Moreau, t. 1, idem; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.; Seine, 20 janvier 1930, J. S. 1930, p. 670.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 789; Hémard, N° 240 et 242; Lacour et Boutron, N° 506; Escarra et Rault, t. 2, N° 822; cass, 13 novembre 1907. D. 1909.1.56; Paris, 11 mars 1907. S. 1908.2.9.

⁴ Moreau, t. 1, N° 449; Rousselet et Patin, N° 106.

⁵ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 789; Hémard, N° 240.

Pour la majorité des auteurs, soutenus par la jurisprudence ¹ : Il n'y a pas lieu de réitérer une nouvelle déclaration notariée ni de convoquer une nouvelle assemblée générale pour en connaître la sincérité, car une fois que le vice de nullité est régularisé, la déclaration notariée initiale redevient valide. On peut également appliquer par analogie le cas décidé par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 décembre 1906, et l'arrêt de la Cour de Paris du 11 mars 1907 concernant le versement du quart, au cas où le capital social n'a pas été entièrement souscrit ². La phrase la plus importante de l'arrêt de la Cour de cassation est libellée comme suit : « Lorsqu'un souscripteur d'actions ayant remis un bon au lieu d'effectuer le versement en numéraire, ce bon a été acquitté par lui en espèces, peu de temps après et longtemps avant l'introduction de la demande en nullité de la société, la cause de nullité a cessé d'exister, sans qu'il ait été nécessaire de réunir une nouvelle assemblée générale à la suite de ce versement pour en opérer la vérification. » La Cour de Paris, dans son arrêt du 11 mars 1907, s'est exprimé comme suit : « La nullité résultant du défaut de versement intégral du premier quart sur les actions avant la constitution définitive de la société se trouve couverte lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. »

1. *Irrégularités relatives au dépôt des fonds :*

Dans le cas où les fonds provenant des souscriptions à la société n'ont pas été déposés soit chez un notaire, soit à la Caisse des dépôts et consignations, la société est entachée de nullité, et pour faire obstacle à l'action en nullité, on doit opérer un nouveau dépôt.

Pour réitérer la déclaration notariée et pour convoquer une nouvelle assemblée constitutive, aux yeux de Moreau ³, il faut répondre par l'affirmative, d'autres auteurs ⁴ soutiennent le contraire, ils prétendent que le dépôt des fonds n'est pas une formalité, et si elle n'a pas été respectée, cela ne constitue pas une cause de nullité de la déclaration notariée et à plus forte raison la réunion d'une nouvelle assemblée constitutive n'est pas nécessaire.

¹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 785 b; Copper Royer, t. 1, N° 138; Thaller et Pic, t. 2, N° 996; Wahl, op. cit. J.S. 1931 déjà cité p. 257; Escarra et Rault, t. 2, N°s 821 et 822; cass. 31 décembre 1906, D. 1908.1.514 et note Percerou, S. 1909.1.137; note Wahl, J.S. 1907, p. 413; Paris, 11 mars 1907, J.S. 1907, p. 309, S. 1908.2.9.

² Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.

³ Moreau, t. 1, N° 449.

⁴ Bosvieux, J.S. 1938, p. 41; Escarra et Rault, t. 2, N° 824.

Conséquences juridiques de la régularisation, l'effet rétroactif de la régularisation :

Aux termes de l'article 8 de la loi de 1867 complété par le décret-loi du 30 octobre 1935 que la réparation du vice de nullité s'oppose à l'annulation de la société, il s'ensuit que la société peut être considérée comme ayant été régulièrement constituée dès l'origine, mais la portée de cet effet rétroactif n'est pas absolue à tous égards ¹, la régularisation du vice de nullité ne met pas obstacle à l'action en responsabilité contre les fondateurs et les premiers administrateurs responsables de cette irrégularité.

L'action en responsabilité survit à la nullité tant que le délai de trois ans, dès le jour où la nullité pouvait être déclarée, n'a pas été écoulé ².

Il en est de même de l'action pénale contre les fondateurs et leurs complices ³. Dans ce cas, la réparation du vice de nullité n'a aucun effet sur l'action pénale entamée à la suite des irrégularités commises. Cette action peut encore conduire à une condamnation des fondateurs et de leurs complices, mais la réparation de vice qui a lieu antérieurement à l'émission des titres met obstacle à l'exercice de ladite action ⁴.

Tentative de la régularisation, nullité de la procédure :

Aux termes de l'article 8 de la loi de 1867, la régularisation des formalités omises réduit à néant toute action en nullité, mais il faut que cette régularisation ait été effectivement opérée, sinon le vice de nullité ne sera pas effacé et la nullité de la société peut être mise en cause par tout intéressé, comme, par exemple, la nullité de l'assemblée de régularisation lorsqu'elle n'a pas obtenu le quorum légal ⁵.

Remarquons que la régularisation inefficace n'a pas nécessairement pour effet l'annulation de la société ⁶.

Pour exiger la nullité de la société, le demandeur en nullité doit donc prouver « que, 1° la société a été irrégulièrement constituée; et que 2° les formalités accomplies au cours de la société pour réparer la nullité sont elles-mêmes irrégulières » ⁷.

¹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 785 b; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 794; Thaller et Pic, t. 2, N° 1006; Escarra et Rault, t. 2, N° 837.

² Mêmes auteurs; Hémar, N° 515; Percerou, J.S. 1910, p. 77.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, loc. cit.; Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.; cass. 3 décembre 1906, S. 1909.1.137; Paris, 16 novembre 1905, J.S. 1906, p. 167.

⁴ Rousselet et Patin, N° 110; Escarra et Rault, t. 2, N° 850.

⁵ Thaller et Pic, t. 2, N° 1007; Escarra et Rault, t. 2, N° 838.

⁶ Mêmes auteurs; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 795.

⁷ Houpin et Bosvieux, t. 1, loc. cit.

2. Prescription:

En outre, la nullité de la société provenant de la violation des règles concernant la souscription ne peut être prononcée, s'il y a prescription, la prescription applicable en la matière est la prescription quinquennale, prescrite par l'article 8 de la loi de 1867, modifié et complété par la loi du 1^{er} août 1893 et le décret-loi du 30 octobre 1935.

Une fois le délai de cinq ans dépassé, la nullité de la société ne peut être prononcée, la société est désormais inattaquable et il est inutile de réparer les vices de nullité dont elle était affectée ¹.

Devant le silence de la loi sur le point de départ du délai de cinq ans, il est unanimement admis ² que ledit délai court du jour de la constitution définitive de la société. Mais, pour que la prescription soit acquise, il faut que le délai de cinq ans se soit écoulé avant toute demande de nullité, une telle demande ayant pour effet, d'après le droit commun, d'interrompre le délai ³. En ce qui concerne ce délai, il s'agit d'un délai de déchéance et non une prescription véritable ⁴. Ce délai s'applique à toutes personnes, associés ou tiers, et il ne peut être suspendu par l'état de minorité, mineurs et interdits ⁵.

Cette prescription quinquennale ne concerne que la nullité fondée sur l'inobservation des règles de constitution, et elle ne concerne pas les nullités pour vices de consentement ⁶. Les nullités pour vices des conditions de contrat de société ne sont pas soumises à la prescription quinquennale, mais elles le sont à la prescription du droit commun ⁷.

Existe-t-il d'autres fins de non-recevoir contre les actions en nullité ?

La réparation du vice de nullité et la prescription constituent les

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 796; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 785 b; Thaller et Pic, t. 2, N°s 995 et 1008 bis; Hémard, N° 518; Escarra et Rault, t. 2, N° 848.

² Mêmes auteurs; Lacour et Boutron, N° 497; Escarra et Rault, t. 2, N° 846; Trib. com. Seine, 29 juin 1910, J. S. 1911, p. 372; Moreau, t. 1, N° 450.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, loc. cit.; Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Escarra et Rault, t. 2, N° 847.

⁴ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 785; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 549; Thaller et Pic, t. 2, N° 995; Hémard, N° 518; *Contra*, Copper Royer, *Traité des sociétés*, p. 542, t. 2, note 1.

⁵ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 785 b; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 796; Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Hémard, loc. cit.; Escarra et Rault, t. 2, N° 846.

⁶ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 796; Wahl, note J. S. 1911, p. 127; Escarra et Rault, t. 2, N° 840.

⁷ Escarra et Rault, t. 2, N°s 840 et 842; Houpin et Bosvieux, t. 1, loc. cit.

seuls empêchements à la recevabilité de la demande ¹. Or, la dissolution de la société ne met pas la société à l'abri de toute action en nullité, à condition, bien entendu, que l'action en nullité présente un intérêt légitime ². Il en est de même en ce qui concerne la faillite et la liquidation judiciaire, ni l'une ni l'autre ne fait obstacle à l'exercice de l'action en nullité ³.

En ce qui concerne la mauvaise foi, la connaissance du vice de la nullité, elle ne peut pas non plus faire obstacle à l'exercice de l'action en nullité et c'est là une conséquence du caractère d'ordre public de la nullité ⁴. On ne peut donc pas opposer la mauvaise foi du demandeur.

Critique du système des nullités de constitution de sociétés dans la loi française:

La rigueur avec laquelle le droit français sanctionne de nullité l'inobservation des formalités de constitution de sociétés est une arme à deux tranchants. En effet, en voulant, pour des raisons de sécurité du droit et des affaires, entourer la constitution d'une société de formalités strictes et minutieuses, on en arrive à un système où même les fondateurs de bonne foi peuvent être pris au piège de ce filet que constitue le nombre de ces formalités compliquées: une société saine et sérieuse risque souvent de faire les frais de ce système formaliste parce qu'une simple formalité aura été oubliée. Et il est maintenant courant que les fondateurs de sociétés véreuses mettent tous leurs scrupules à constituer des sociétés en respectant soigneusement les formalités légales, mais en se rattrapant au cours de la vie de la société par des manœuvres tout aussi frauduleuses. Le système français est donc inefficace et trop sévère pour les résultats obetnus, car malgré ces formalités strictes, le nombre des sociétés frauduleuses n'a pas diminué.

Ce système a encore un inconvénient majeur: tant que la prescription de l'action en nullité n'est pas acquise, même les sociétés les plus

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 771; Thaller et Pic, t. 2, N° 1009; Hémard, N° 466; Escarra et Rault, t. 2, N° 850; Cass. 18 octobre 1922, D. 1923.1.16; Agen, 23 juin 1903, J. S. 1903, p. 513.

² Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 220; Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 771; Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Hémard, N° 466; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.; Cass. 18 octobre 1922, D. 1923.1.16; Trib. com. Lyon, 31 décembre 1903, D. 1905.1.5.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 771; Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Hémard, N° 471; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.; Cass. 18 octobre 1922, précité; Nancy, 9 février 1901, J. S. 1901, p. 403; Aix, 23 juin 1904, J. S. 1905, p. 316.

⁴ Houpin et Bosvieux, t. 1, N° 775; Thaller et Pic, t. 2, loc. cit.; Escarra et Rault, t. 2, loc. cit.; Cass. 25 février 1885, J. S. 1891, p. 540; Lyon, 13 février 1897, J. S. 1897, p. 424.

sérieuses et les plus prospères ne sont pas à l'abri de la nullité, d'autant plus que toute personne ayant un intérêt juridique peut invoquer la nullité. Et le tribunal saisi devra prononcer la nullité.

Nous voyons par là à quel point le système est dangereux.

Cela nous amène à mentionner les règles de certaines législations, car plusieurs pays ont lutté par des moyens différents en face de cette situation. Ces moyens sont au nombre de deux : système préventif et système de la responsabilité des fondateurs et des administrateurs ¹.

1. *Système préventif :*

Ce système consiste à prévenir toute fraude par l'intervention d'une autorité officielle, fonctionnaire au tribunal, lors de la constitution des sociétés par actions. Il est pratiqué par plusieurs Etats :

- a) *Angleterre* : « Compagnies Consolidation ». Acte du 21 décembre 1908, modifié par l'acte du 10 mai 1929, et finalement par l'acte de 1948.
- b) *Allemagne* : Loi sur les sociétés par actions du 30 janvier 1937, paragraphe 31.
- c) *Suisse* : Article 643 du Code des obligations.
- d) *Italie* : Chap. 5 Code civil de 1942.
- e) *Espagne* : Articles 117 et 119 de la loi du 17 juillet 1951 sur les sociétés anonymes.

En droit anglais, le « registrar », fonctionnaire du Ministère du Commerce, est chargé de l'enregistrement des sociétés par actions. Après vérification des formalités légales, si elles sont régulières, il enregistre la société et délivre un certificat d'incorporation qui a pour effet de conférer à la société l'existence définitive ². Le système anglais a les caractéristiques suivantes ³ :

Il a une grande publicité (prospectus à l'émission des actions ou des obligations), clarté, contrôle sérieux, d'une part, par les « auditors » (commissaires) aux comptes, d'autre part par le Board of Trade. Ce système très strict a pour effet d'éviter les causes de nullité.

Prenons en détail le système anglais :

¹ Cf. : Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et de sociétés de fait*, 1926, 2^e édition, p. 780, N° 598 ; voir Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, N° 806.

² Cf. : Hémard, N°s 340, 386 et 55.

³ Même auteur ; voir également Hamel et Lagarde, t. 1, N° 619 ; Escarra « Some points of comparison between the companies act 1948 and the French Law of companies », the Cambridge Law Journal, 1951, N° 1 ; Hornby, « La réforme du droit des sociétés en Grande-Bretagne », rev. trim. dr. com. 1949, p. 13.

Dans une première phase, la société en formation acquiert la personnalité morale avant que le capital soit souscrit. L'acte constitutif (memorandum of association) est rédigé par sept fondateurs au minimum. Il ne faut pas confondre le « memorandum of association » et les « articles of association » qui sont une sorte de règlement interne très voisin des statuts français. D'ailleurs, ces actes sont enregistrés comme nous l'avons dit ci-dessus, par le « registrar », et une fois le « certificate of incorporation » délivré, la société acquiert la personnalité morale. Le document principal est le prospectus qui est très détaillé et qui contient le rapport des « accountants » sur les apports en nature. Lorsque le minimum de souscriptions prévu dans le prospectus est atteint, on répartit les actions. L'assemblée constitutive est convoquée lorsque le greffier a délivré un certificat.

En droit allemand, le nombre de fondateurs est au moins de cinq (paragraphe 2 de la loi du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions), les statuts doivent être fixés par un acte authentique (paragraphe 16 de la même loi), en outre, cette loi distingue la fondation simultanée et la fondation successive. En cas de fondation simultanée, les fondateurs souscrivent l'ensemble du capital et nomment le Conseil de surveillance qui désigne lui-même la direction.

Le rapport des fondateurs est examiné par la direction, par le Conseil de surveillance et par les contrôleurs. Puis, les fondateurs et les membres de la direction et du Conseil demandent l'inscription de la société sur le registre du commerce du lieu où elle a son siège (pour les détails voir les paragraphes 28, 29 de la loi allemande sur les sociétés par actions).

La fondation successive (paragraphes 30 et s.) exige la réunion de deux assemblées. Si les fondateurs ne souscrivent pas l'ensemble du capital, il est nécessaire que ceux-ci convoquent la première assemblée qui élit le Conseil de surveillance. L'inscription de la société est demandée en ajoutant les bulletins de souscription. Ensuite, le tribunal convoque la deuxième assemblée qui sera présidée par le juge et décide la constitution de la société, ayant entendu la direction et le Conseil au sujet des résultats de l'examen de la fondation.

Les apports en nature et les reprises de biens doivent être stipulés dans les statuts de la société (paragraphe 20). Les contrats conclus pendant les deux premières années après l'inscription de la société sur le Registre du Commerce, ayant comme objet l'achat de constructions ou autres biens moyennant un prix dépassant le dixième du capital social, ne sont valables qu'avec l'assentiment de l'assemblée générale (paragraphe 45).

L'action en nullité prévue par le paragraphe 216 ne peut être basée que sur certaines violations de la loi par les statuts — fait plutôt rare—. Elle n'est admise que pendant les cinq premières années après l'inscription de la société. La validité des actes juridiques accomplis par la société n'est pas touchée par la nullité.

En droit suisse, l'article 21 de l'ordonnance sur le Registre du Commerce du 7 juin 1937 stipule « qu'avant de procéder à une inscription, le préposé vérifie si les conditions prévues par la loi et l'ordonnance sont remplies. Pour les personnes morales, il ne peut pas procéder à leur inscription si les statuts dérogent à des dispositions de droit impératif et s'ils ne contiennent les éléments exigés par la loi ».

Cette inscription a une valeur constitutive, selon l'article 643, alinéa 2, du Code fédéral des obligations, la société anonyme acquiert la personnalité juridique de par l'inscription au Registre du Commerce, même si les formalités légales ne sont pas remplies. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹, l'inscription guérit les vices inhérents à la fondation de la société, sous réserve du droit conféré au juge de prononcer à la requête de l'un des créanciers ou actionnaire la dissolution de la société par l'alinéa 3 de l'article 643. Le législateur, après quelques hésitations, a fait une concession à ceux qui redoutaient les conséquences de principe de réparer les vices inhérents à la fondation, en permettant par l'alinéa 3, aux créanciers et aux actionnaires, d'intenter action en dissolution dans des cas particulièrement graves. C'est bien une action en dissolution et non une action en nullité². A première vue, cette disposition semble ingénieuse, mais elle n'est que très rarement appliquée³. En effet, la loi parle d'intérêts gravement menacés, et il est souvent difficile de déterminer quand les intérêts sont gravement menacés. D'autre part, le même article 643, alinéa 4 du Code fédéral des obligations fixe un délai de 3 mois pour intenter l'action : il est bien rare qu'un créancier ou un actionnaire intente l'action dans le délai imparti. Une troisième critique peut être apportée à cet article : le juge ne doit pas prononcer d'office la dissolution, l'article 643, alinéa 3 disant bien : « le juge *peut*, ... prononcer la dissolution de la société ».

Le système allemand a été étudié également en France mais il a pour effet de pêcher dans le sens contraire : il supprime les inconvénients des nullités et les nullités elles-mêmes.

¹ A.T.F., J.T. 1939, p. 6.

² Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, p. 136.

³ Carry, *Les principales réformes du Code des obligations révisé dans le droit des sociétés*, article paru dans les « Journées d'Etudes bancaires », p. 83 s.

2. *Système de la responsabilité des fondateurs et des administrateurs.*

Dans toute société anonyme, toute responsabilité personnelle des sociétaires pour les dettes de la société est exclue absolument. Les statuts ne pourraient même pas valablement contenir une clause, acceptée à l'unanimité, et suivant laquelle les actionnaires pourraient être tenus à des versements supplémentaires. Les actionnaires sont tenus de libérer complètement tôt ou tard leurs actions, et le maximum qui peut leur être demandé, c'est de perdre ce montant. Rien de plus. Cette règle s'explique d'ailleurs par le rôle modeste qu'ils jouent dans l'activité de la société. Ce ne sont pas les actionnaires qui gèrent la société. Ce sont des fondateurs, des administrateurs, contrôleurs et liquidateurs qui influent sur le sort de la société, sur ses heurs et malheurs. Il serait bien dur, par conséquent, de leur faire supporter les conséquences d'une mauvaise gestion, au delà de leur mise de fonds.

Il est donc naturel que des fondateurs, administrateurs, soient personnellement responsables non pas des dettes de la société, mais des pertes occasionnées par leurs fautes, soit à la société, soit à ses actionnaires ou à ses créanciers.

Cependant la mise en œuvre de cette responsabilité est chose délicate et elle varie suivant les législations.

En Suisse, le Code des obligations de 1881 subordonnait presque toujours la responsabilité à la preuve de l'intention dolosive de l'auteur du dommage (preuve souvent impossible à rapporter), le nouveau Code des obligations, article 752 à 761, frappe maintenant aussi bien la négligence et l'imprudence que le dol.

Par contre, en droit espagnol (art. 79 de la loi du 17 juillet 1951 sur les sociétés anonymes) les administrateurs ne sont responsables qu'en cas de fraude ou de faute lourde.

Il est difficile de se prononcer sur l'une ou l'autre de ces dispositions : d'une part, en atténuant la responsabilité, on augmente les risques de mauvaise gestion ;

d'autre part, en étant trop rigoureux (comme en Suisse), on aboutira à effrayer précisément les hommes scrupuleux et droits, on bridera toute initiative et on ouvrira la porte à des manœuvres pour esquiver la responsabilité.

Le droit belge supprime les nullités comme sanction et leur substitue la responsabilité des fondateurs. Ce qui est intervenu par les lois du 26 décembre 1881 et du 22 mai 1886.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE

La responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs peut être étudiée sous deux aspects :

Les bases de l'action en responsabilité sont contenues dans l'article 42 de la loi de 1867 modifié par la loi de 1893 et ceci pour les sociétés anonymes; en ce qui concerne les sociétés en commandites par actions, c'est l'article 8, avant-dernier alinéa de ladite loi, complété par le décret-loi du 8 août 1935 et l'article 1382 du Code civil.

L'action en responsabilité a deux aspects, c'est-à-dire l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société (art. 8 et 42) et l'action en responsabilité fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives (art. 1382, Code civil) cela d'après l'avis de la majorité de la doctrine ¹. Mais une partie de la doctrine ² ne prend pas en considération l'action en responsabilité fondée sur l'inobservation des règles constitutives et ces auteurs disent ³ que pour que la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs soit mise en cause, « il est indispensable, en principe, que la nullité ait été judiciairement prononcée... ». La jurisprudence ⁴ n'accepte pas cette conception et que les dispositions des articles 8 et 42 n'aient pas pour effet de mettre des obstacles à l'application des dispositions de l'article 1382 du Code civil ⁵.

Escarra et Rault ⁶ écrivent sur le fondement de l'action en responsabilité fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives, que les conditions spéciales de la loi auxquelles est soumis l'exercice de l'action en responsabilité résultant de l'annulation de la société, n'empêche nullement l'application du droit commun de la responsabilité délictuelle et même, dans certains cas, responsabilité contractuelle.

¹ Escarra, *Manuel de droit commercial*, n° 372; Hamel et Lagarde, t. 1., n° 630; Escarra et Rault, t. 2, n° 877.

² Thaller et Pic, t. 2, n° 1024; Ripert, n° 1018.

³ Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*

⁴ Cass., 13 février 1907, S. 1910.1.138.

⁵ Escarra et Rault, *op. cit.*, t. 2, n° 877.

⁶ Mêmes auteurs.

L'ACTION EN RESPONSABILITÉ
FONDÉE SUR L'ANNULATION DE LA SOCIÉTÉ

La base légale de cette action concernant les sociétés anonymes est l'article 42 de la loi de 1867 modifié par la loi de 1893. Or, aux termes de cet article : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibération a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports et les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés; conformément à l'article 24, l'action en nullité et celle en responsabilité en résultant sont soumises aux dispositions de l'article 8 ci-dessus. »

A) *Nature de cette responsabilité.*

- 1) Tout d'abord, pour que l'action en responsabilité puisse être admise, il faut que la société ait été, préalablement à cette action, annulée ¹.
- 2) Cette responsabilité est une responsabilité contractuelle vis-à-vis des actionnaires et une responsabilité délictuelle vis-à-vis des tiers ².
- 3) Les personnes responsables sont énumérées par l'article 42 limitativement, ce sont :
Les fondateurs, les membres du premier conseil d'administration, les apporteurs en nature, les bénéficiaires d'avantages particuliers.
- 4) Cette responsabilité est causale, elle existe même s'il n'y a pas de faute. C'est aussi une responsabilité solidaire (art. 42).

B) *Détermination des personnes responsables* ³.

Comme nous l'avons dit plus haut, les personnes responsables sont énumérées limitativement par l'article 42.

¹ Req. 16 mars 1910, S. 1913.1.153 et note Wahl, D. 1911.1.148; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631; Escarra et Rault, t. 2, n° 879.

² H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 4^e édition, t. 1, n° 650-2; Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e édition, t. 1, n° 149 s.

³ Sur la responsabilité des fondateurs et administrateurs, voir à part des ouvrages généraux : Percerou : *des fondateurs des sociétés anonymes*; Mouret, *responsabilité*

1) *Les fondateurs.*

Aux termes de l'article 42, sont responsables, « les fondateurs auxquels la nullité est imputable ». Il faut prendre le terme de fondateur au sens large du mot ¹. Selon un arrêt de la Chambre civile du 1^{er} décembre 1930 ², les fondateurs sont : « tous ceux qui ont concourru à l'organisatoin et à la mise en mouvement de la société... à la condition que la nature de ce concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise, sous sa forme sociale, ou qu'ils aient prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société une coopération assez directe, assez étroite et assez constante pour qu'elle implique d'elle-même une acceptation des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social ».

Cette définition du fondateur au sens de l'article 42 est très générale, elle vise aussi bien le fondateur officiel (qui a signé le projet de statuts ou la déclaration notariée) que le fondateur caché ou le complice des promoteurs dans la constitution de la société. Elle ne vise pas le prêteur ou un auxiliaire qui n'a pas joué de rôle important dans le « lancement » de l'affaire ³.

2) *Les premiers administrateurs.*

Les administrateurs au sens de l'article 42 sont « les administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue ». Le fondement de la responsabilité des membres du premier conseil d'administration repose sur l'obligation qui incombe sur lesdits administrateurs, de vérifier si toutes les exigences légales concernant la constitution de la société sont réunies ⁴. Il est admis pourtant, dans la doctrine et dans la jurisprudence ⁵, que les premiers administrateurs de la société sont responsables, comme les fondateurs, du préjudice causé par l'annulation de la

des fondateurs et des administrateurs de sociétés anonymes; Bosvieux, nullité des sociétés anonymes, responsabilité des fondateurs et administrateurs, J.S. 1910, p. 40; également Bosvieux, J.S. 1936, p. 449, et Holtz, les fondateurs d'une société anonyme d'après la loi et la jurisprudence. Gazette des sociétés, 1912, p. 155; Tchernoff, D.H. 1938, chronique, p. 5 s.

¹ Voir *supra*, notre premier chapitre, p. 26.

² Civ., 1^{er} juillet 1930, D. 1931.1.97, note Hamel, S. 1931.1.305, note Lagarde.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631.

⁴ Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 863.

⁵ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 813; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 794; Thaller et Pic, t. 2, n° 1029; Moreau, t. 1, n° 451; Lacour et Bouteron, n° 507; Ripert, n° 1018; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631; Escarra (Manuel), n° 753; Cass., 8 novembre 1886, D. 1887.1.9; S. 1887.1.353, note Labbé; Req. 7 janvier 1930; S. 1931.1.25, note Lescot, D. 1932.1.191, note Cordonnier; Paris, 8 août 1889, sous cassation 9 juin 1891, D. 1892.1.361, note Griolet.

société, sans aucune distinction entre les administrateurs nommés par l'assemblée constitutive et les administrateurs désignés par les statuts. La responsabilité retombe sur lesdits administrateurs sans que l'on doive s'enquérir si la nomination ou la désignation des administrateurs a été ou non régulière ¹.

La responsabilité desdits administrateurs édictée par l'article 41 est encourue par le seul fait qu'ils ont accepté cette qualité et cette fonction. Il n'est pas nécessaire d'établir à leur charge une faute autre que celle d'avoir accepté le titre et la fonction sans être assurés que les prescriptions de la loi aient été rigoureusement et sincèrement remplies ².

3) *Les apporteurs en nature et les bénéficiaires d'avantages particuliers.*

Les associés qui effectuent les apports en nature ou stipulent à leur profit des avantages particuliers, peuvent être déclarés responsables aux termes de l'article 42.

Il y a une nette distinction à faire entre la responsabilité des fondateurs et les membres du premier conseil d'administration, et la responsabilité des apporteurs en nature et les bénéficiaires d'avantages particuliers : la responsabilité des premiers est entière, peu importe le vice qui est la cause de l'annulation de la société. Mais les apporteurs et les bénéficiaires d'avantages particuliers ne sont responsables que de la nullité de la société résultant de la non-vérification et de la non-approbation des apports et d'avantages particuliers ³. La responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs est obligatoire et ils sont tenus du préjudice résultant de l'annulation de la société, même dans le cas où ils sont de bonne foi. La responsabilité des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers est une responsabilité facultative ⁴. Le texte de l'article 42 est clair sur ce point : « La même responsabilité peut être prononcée... »

Or la responsabilité des apporteurs et bénéficiaires d'avantages particuliers n'existe que si l'annulation de la société a été causée par la non-vérification ou la non-approbation de leurs apports ou des avantages qui sont stipulés à leur profit.

¹ Cass., 26 novembre 1930, S. 1931.1.308, note Lagarde, J.S. 1931, p. 547.

² Cass. 7 janvier 1930 précité; Cass., 13 juin 1936; Gaz. pal., 1936,2,487; Thaller et Pic, t. 2, n° 1029; Moreau, t. 1, n° 451.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 817; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 995; Thaller et Pic, t. 2, n° 1027; Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 884; Cass., 10 novembre 1897, J.S. 1898, p. 12, Lyon, 14 juin 1895, J.S. 1895, p. 499.

⁴ Mêmes auteurs; Sass., 10 novembre précité.

La même responsabilité peut résulter d'un concert frauduleux entre eux et les fondateurs, en vue de tromper les actionnaires ¹.

A part les fondateurs, les premiers administrateurs, les apporteurs en nature et bénéficiaires d'avantages particuliers, peuvent être déclarés responsables, tous ceux qui ont concouru sciemment au vice de constitution ².

C) *Qui peut exercer l'action en responsabilité ?*

En général, cette action appartient aux mêmes personnes que l'action en nullité, aux actionnaires, aux créanciers et aux porteurs de parts de fondateur.

D) *La recevabilité de l'action en responsabilité.*

Pour que l'action en responsabilité, intentée par l'un des intéressés, soit admise, trois conditions doivent être réalisées :

- 1) Il faut qu'il y ait un rapport de cause à effet entre le préjudice résultant de la nullité de la société et la faute de l'administrateur ou du fondateur ³.
- 2) Qu'il y ait un dommage ⁴.
- 3) Que le demandeur n'ait commis lui-même aucune faute, soit en participant au vice de la constitution, soit en voulant spéculer dessus ⁵.

E) *Compétence.*

En principe, l'action en responsabilité intentée par un actionnaire, rentre dans la compétence des tribunaux consulaires ⁶. Cependant,

¹ Cass., 18 janvier 1899, J.S. 1899, p. 208; voir également Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 817; Moreau, t. 1, n° 451.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 820; Mouret, n° 211; Escarra et Rault, t. 2, n° 885; Cass., 9 avril 1888, S. 1888.1.207; Poitiers, 26 juillet 1886, J.S. 1886, p. 294; Nîmes, 21 janvier 1881, D. 1882.2.127; Seine, 29 juin 1910, J.S. 1911, p. 371; Lyon, 24 juillet 1908, J.S. 1909, p. 122.

³ Cass., 1^{er} février 1917, J.S. 1918, p. 154; Paris, 14 juin 1929, J.S. 1930, p. 221; Thaller et Pic, t. 2, note 1, p. 380; Moreau, t. 1, n° 451.

⁴ Paris, 14 juin 1929 précité; Moreau, t. 1, *ibidem*.

⁵ Lyon, 10 juin 1926, J.S. 1927, p. 562; Moreau, t. 1, *ibidem*.

⁶ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 835; Thaller et Pic, t. 1, n° 346; Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 906; Cass., 26 mai 1869, D. 1869.1.351; 12 décembre 1911, S. 1912.1.347; 25 février 1924, D. 1925.1.188.

lorsque le demandeur de l'action en nullité est un tiers, créancier social ou porteur de la part de fondateur, il faut s'interroger sur la qualité du demandeur : si le demandeur est un commerçant, c'est le tribunal de commerce qui a la compétence, si le demandeur n'a pas la qualité de commerçant, il peut à son choix saisir soit le tribunal civil, soit le tribunal de commerce ¹.

Pour fixer la compétence *rationae loci* du tribunal, il faut distinguer le cas où l'action en responsabilité est intentée simultanément avec l'action en nullité; c'est le Tribunal de commerce du siège social qui doit être saisi ². Cependant, si l'action en responsabilité a été intentée à côté de l'action en nullité et après que la nullité a été prononcée, l'action peut être portée devant le tribunal du domicile de l'un des défendeurs ³, car, comme le disent Escarra et Rault, il n'y a pas de raison de violer la règle normale de compétence contenue dans l'article 59, premier alinéa du Code de procédure civile.

F) *Pour que l'action en responsabilité soit admise, il faut que la société ait été judiciairement annulée.*

La règle générale édictée dans les articles 8 et 42 de la loi de 1867 stipule que pour que l'action en responsabilité soit mise en cause, il faut que la nullité de la société ait été judiciairement prononcée, c'est-à-dire que la recevabilité de ladite action dépende de l'annulation préalable de la société ⁴. Or, l'action en responsabilité ne peut être intentée que dans les cas où la nullité de la société a été prononcée et où cette action en responsabilité s'exerce en même temps que l'action en nullité.

Cependant, selon un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1930 ⁵, si la société est déclarée en faillite ou tombée en déconfiture, l'annulation de la société n'est pas nécessaire pour que l'action en responsabilité soit recevable.

¹ Lecompte, note sous Paris, 12 mars 1931, J.S. 1933, p. 35; Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 906; Cass., 29 mai 1906, D. 1909.1.125.

² Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 835; Escarra et Rault, t. 2, n° 906.

³ Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; *contra*, Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 835, aux yeux de ces auteurs : c'est au tribunal du siège social qu'il appartient de statuer sur l'action en responsabilité.

⁴ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 806; Thaller et Pic, t. 2, n° 1024 et 1032; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 220; Escarra et Rault, t. 2, n° 908; Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, n° 145; Lacour et Bouteron, n° 511; Mouret, n° 195; Cass., 13 février 1894, D. 1894.1.165, S. 1894.1.121; Paris, 8 avril 1911, S. 1912.2.233, note Wahl; Rennes, 23 mars 1909, S. 1910.2.65, note Wahl; Lyon, 24 juin 1871, S. 1872.2.94; Cass., 10 mars 1910, D. 1911.1.48.

⁵ Cass., 7 janvier 1930, D. 1932.1.191; note Cordonnier.

En ce qui concerne l'action en responsabilité, fondée sur l'inobservation des règles constitutives et non sur l'annulation de la société, la recevabilité de l'action en responsabilité n'est pas subordonnée à l'annulation préalable de la société ¹.

G) *La responsabilité de l'article 42 est une responsabilité solidaire.*

En vertu de l'article 42, les fondateurs auxquels la nullité est imputable sont responsables solidairement vis-à-vis des actionnaires et des tiers du préjudice résultant de l'annulation de la société.

Avant la réforme réalisée par la loi du 1^{er} août 1893 modifiant l'article 14 de la loi de 1867, la responsabilité solidaire des fondateurs et premiers administrateurs n'existait que par rapport aux tiers; vis-à-vis des actionnaires, il n'existait une responsabilité *in solidum* que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire chaque fois qu'ils étaient responsables d'une faute commune dans laquelle le juge ne pouvait discerner la part de chacun ².

Mais depuis la réforme, et grâce à cette solidarité, l'action en responsabilité peut être invoquée par les actionnaires et par les créanciers sociaux ³.

Ce droit appartient généralement au représentant commun des créanciers ou des actionnaires, syndic ou liquidateur ⁴.

En ce qui concerne les apporteurs en nature et les bénéficiaires des avantages particuliers, l'article 42 dispose « que la même responsabilité solidaire peut être prononcée contre des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24 ».

H) *La prescription de l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société.*

Sous l'empire de la loi de 1867, la prescription de ladite action était celle de droit commun, c'est-à-dire la prescription trentenaire (la pres-

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 379, note 3; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 806; Escarra et Rault, t. 2, n° 908; Orléans, 28 juillet 1887, D. 1888.2.258; Cass., 19 février 1889, D. 1889.1.309; 13 février 1907, S. 1910.1.138, D. 1911.1.99, J.S. 1908, p. 114; Cass., 29 mars 1938, Gaz. pal. 1938.2.59.

² Thaller et Pic, t. 2, n° 1041; Cass. 19 juillet 1888, S. 1891.1.59.

³ Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 815; Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 893; Cass., 29 décembre 1931, J.S. 1933, p. 22; Lyon, 16 janvier 1909, J.S. 1909, p. 514.

⁴ Cass., 26 novembre 1930, S. 1931.1.308 et note Lagarde, 29 décembre 1931, D. 1932.1.41 et note Cordonnier; Paris, 20 décembre 1934, J.S. 1935, p. 557; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*

cription de 30 ans) ¹. Cependant la jurisprudence était, semble-t-il, pendant quelques années d'accord avec l'application de la prescription triennale de l'article 638 du Code d'instruction criminelle ².

Cette solution était due à une erreur certaine car l'objet de l'action en responsabilité n'était pas la réparation du dommage causé par un délit pénal, mais celle du préjudice résultant de l'annulation de la société ³.

Pour la presque unanimité de la doctrine ⁴, la loi du 1^{er} août 1893 qui a modifié et complété la loi de 1867 n'a pas apporté une modification en ce qui concerne la prescription de l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société. La prescription de ladite action restera trentenaire.

L'article 8 de la loi de 1867, modifié par l'article 3 de la loi de 1893 et par le décret-loi du 8 août 1935 a soumis à un régime particulier de prescription l'action en responsabilité fondée sur un vice de constitution et non pas la prescription de l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société. D'ailleurs, l'avant-dernier alinéa de l'article 8 dispose que « l'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résulterait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, lorsque trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue ».

Les actions ci-dessus étant prescrites par 5 ans, si l'action en nullité n'a pas été intentée, l'action en responsabilité n'entre pas en jeu, il en est ainsi si la nullité a été couverte. La réforme réalisée par le décret-loi du 8 août 1935 n'a pas modifié le système de l'action tendant à la réparation du préjudice causé par l'annulation de la société.

Le point de départ du délai de trente ans est le jour du jugement de l'annulation et non le jour de la constitution de la société, parce que c'est à partir de ce jour qu'est connu le dommage faisant l'objet de cette sanction ⁵.

¹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 806; Thaller et Pic, t. 2, n° 1044; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 836; Labbé, note J.S. 1881, p. 169; Escarra et Rault, t. 2, n° 909; Cass., 8 juillet 1885, J.S. 1887, p. 306, 6 mars 1893, S. 1895.1.483; Paris, 13 janvier 1822, D. 1883.2.73; Orléans, 24 juillet 1890, D. 1891.2.337.

² Paris, 24 juin 1875, sous cassation, 7 mars 1877, S. 1878.1.97; 28 avril 1887, sous cass., 23 décembre 1889, D. 1890.1.169.

³ Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

⁴ Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 796 *ter*; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 836; Thaller et Pic, t. 2, n° 1045; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631, p. 753 *in fine*; Escarra et Rault, t. 2, n° 909; Mouret, n° 147; Wahl, note S. 1912.1.89; Tchernoff, note D. 1938, chronique p. 5. *Contra*, Ripert n° 1020.

⁵ Thaller et Pic, t. 2, n° 1044; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 836.

Les dispositions de l'article 17 de la loi de 1867, modifiée et complétée par le décret-loi du 31 août 1937, ne sont pas applicables au régime de prescription de l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ¹.

L'article 17, alinéa 4, est ainsi conçu : « Les actions en responsabilité contre les gérants ou les membres du conseil de surveillance sont prescrites par trois années à compter de la date à laquelle se sont produits les faits pouvant donner couverture aux dites actions, alors même que ceux-ci ne sauraient pas constituer d'infraction à la loi pénale. Toutefois, si ces faits sont qualifiés crimes, la prescription demeure fixée à dix ans. »

Nous tirons les arguments suivants de la non-applicabilité de l'article 17 au régime de la prescription de l'action en nullité tendant à réparer le préjudice causé par l'annulation de la société. Tout d'abord :

1. Le décret-loi du 31 août 1937 n'a pas abrogé l'article 8, alinéa 5 relatif au délai d'exercice de l'action en responsabilité.

2. L'article 17 dispose sur l'action en responsabilité contre les gérants et les membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions et contre les administrateurs des sociétés anonymes, à l'exclusion des fondateurs, étant donné que ces derniers et les premiers administrateurs sont solidairement responsables du préjudice causé par l'annulation de la société.

L'article 17 ne concerne que l'action en responsabilité contre les « fonctionnaires sociaux » pour les fautes de gestion et non par les « irrégularités dans la constitution » ².

L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société est d'ordre public ³. Aucune clause des statuts ne peut empêcher de l'intenter. Aucun vote de l'assemblée générale ne peut l'enlever à un actionnaire ⁴.

¹ Thaller et Pic, t. 2, n° 1047; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631, p. 753 *in fine*; Solus, n° 191; Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 910.

² Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631, p. 753 *in fine*; Moreau, t. 1, n° 451; Escarra et Rault, t. 2, n° 911.

³ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 631.

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, n° 912.

L'ACTION EN RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR L'INOBSERVATION
D'UNE DES RÈGLES CONSTITUTIVES

Cette action en responsabilité diffère de l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société. En effet, la première est tout à fait indépendante de l'annulation de la société qui est fondée sur l'existence d'un vice de constitution.

L'action en responsabilité fondée sur l'existence d'un vice de constitution est basée sur les articles 1382 ou l'article 1992 du Code civil.

Les fondateurs et les premiers administrateurs ne sont pas responsables de plein droit ¹. Pour les rendre responsables, on doit établir à leur charge le préjudice subi et la connexité avec le vice allégué ².

La loi a prévu la responsabilité fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives sans qu'elle entraîne l'annulation de la société. L'alinéa 6 de l'article 8 de la loi de 1867 et complété par le décret-loi du 30 octobre 1935 dit : « L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résulterait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue », ce qui nous amène à parler de la prescription de l'action en responsabilité fondée sur l'existence d'un vice de constitution.

Aux termes de l'article 8, alinéa 6, l'action en responsabilité cesse d'être recevable, lorsque la cause de nullité a été réparée soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité, et lorsque trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue (art. 8, al. 6). Les responsables sont soumis à l'action en responsabilité pendant les trois ans depuis le jour où la nullité était encourue.

Le délai de trois ans dont il s'agit est un délai préfixe ³. Certains auteurs ⁴ ajoutent à la fin de non-recevoir, expressément disposée par

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 918.

² Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Escarra, *Manuel de droit commercial*, n° 734.

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 1045; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 806; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 632; Escarra et Rault, t. 2, n° 924.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, n°s 1045 et 1046; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 936; Mouret, n° 417; Ripert, n° 1020.

l'article 8, une autre fin de non-recevoir, car l'action en responsabilité, fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives ne serait plus admise à compter du moment où l'action en nullité serait éteinte par prescription.

Ils admettent donc que cette solution découle de l'esprit de la loi. Or, pour cette partie de la doctrine, la prescription applicable est la prescription quinquennale disposée par l'article 8.

Pour les autres auteurs ¹, la prescription applicable en cette matière, c'est la prescription trentenaire, car les textes qui édictent de courtes prescriptions sont d'interprétation stricte. L'article 8, alinéa 6, applique la prescription quinquennale seulement pour l'exercice de l'action en nullité. Lorsque les responsables ne se sont pas efforcés de réparer le vice de constitution, il n'y a pas de raison de ne pas leur appliquer les principes généraux ².

Comme c'est le cas pour l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société, l'action en responsabilité fondée sur l'existence d'un vice de constitution est d'ordre public, aucune clause des statuts ne peut l'écarter, aucun vote de l'assemblée générale ne peut l'enlever à un actionnaire ³.

Section 3

« LA RESPONSABILITÉ PÉNALE »

Le législateur a estimé que la responsabilité civile ne constituait pas toujours une sanction suffisante des dispositions de la loi. Pour permettre une observation plus stricte, il a prévu des peines contre des faits irréguliers qui ont lieu lors de la constitution d'une société.

La disposition législative la plus importante est l'article 15 de la loi de 1867, concernant les sociétés en commandite par actions, modifiée par les décrets-lois du 8 août 1935 et du 31 août 1937. Cet article 15 est applicable aux sociétés anonymes conformément aux dispositions de l'article 45 de la dite loi modifiée par le décret-loi du 8 août 1925.

¹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 797 bis; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 632; Escarra et Rault, n° 924.

² Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

³ Hamel et Lagarde, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, n° 925.

D'autres dispositions de la loi de 1867 concernant l'émission de coupures d'actions d'une société anonyme constituée contrairement aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la même loi seront étudiées ci-dessous. L'article 13 de la susdite loi a été modifié par le décret-loi du 29 novembre 1939 et les dispositions de l'article 14 de la même loi ont été également modifiées par l'ordonnance du 18 octobre 1945 concernant la négociation d'actions ou de coupures d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867.

Première sous-section

DÉLITS DE L'ARTICLE 15 DE LA LOI DE 1867

Ce sont des infractions résultant directement de la violation d'une des règles concernant la constitution de la société.

La violation de mauvaise foi de certaines règles constitutives est sanctionnée par la loi pénale. Ces infractions sont énumérées à l'article 15 de la loi de 1867 modifié par les décrets-loi du 8 août 1935 et 31 août 1937 ainsi conçu : « sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

- 1) ceux qui, dans la déclaration notariée à l'article premier de la présente loi, ont affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou ont déclaré de mauvaise foi que des fonds, qui ont été mis définitivement à la disposition de la société, ont été effectivement versés;
- 2) ceux qui, par simulation de souscription ou de versement ou par publications faites de mauvaise foi, de souscription ou de versement qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements;
- 3) ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont de mauvaise foi publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque;
- 4) ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »

Or, selon les dispositions que nous venons de citer, pour infliger la sanction pénale disposée par l'article 405 du Code pénal, à l'auteur de l'infraction, il faut qu'il y ait de la part de l'auteur, une mauvaise foi intentionnelle ¹.

1. *Le délit de déclaration notariée mensongère.*

Ce délit est prévu à l'alinéa premier de l'article 15. Tous ceux qui font de mauvaise foi une déclaration notariée de souscription et de versement et que les souscriptions étaient véritables et sincères qu'ils savaient fictives ou qui déclarent que le versement légal a été effectué alors que les fonds n'ont pas été mis à la disposition de la société. Le délit de la déclaration notariée mensongère est un délit intentionnel, la mauvaise foi de la part des auteurs de la dite déclaration ayant existé (art. 15, al. 1). Cette disposition est applicable aux fondateurs, car c'est eux qui font la déclaration notariée en cas de constitution de la société. Même dans le cas où les fondateurs ont chargé soit l'un d'eux, soit un tiers de faire la déclaration, ils demeurent responsables de la véracité de la déclaration ². Quant au mandataire, il pourra être poursuivi pénalement si sa mauvaise foi est établie ³. Le décret-loi du 31 août 1937 modifiant l'article premier, alinéa 11, de la loi de 1867, dispose que « le notaire se fera présenter les bulletins de souscription et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds ».

Donc, le rôle du notaire est devenu un rôle actif, mais aux termes de cet article le délit sera impossible sans la complicité du notaire ⁴, car la complicité est punissable aux termes du droit commun.

Le délit de la déclaration notariée mensongère se prescrit par trois ans, il s'agit d'un délit instantané qui est pleinement réalisé au moment de la déclaration. Le délai de trois ans court à partir du jour où la dite déclaration a été faite ⁵.

Une question se pose de savoir si le vice de fausse déclaration notariée une fois réparée, la réparation empêche-t-elle toute poursuite ? Il faut répondre par la négative, car le délit est réalisé dès que

¹ Moreau, t. 1, n° 452, p. 584; Escarra et Rault, t. 2, n° 958.

² Constantin et Gautrat, n° 236; Rousselet et Patin, n° 179; Tchernoff (supplément), n° 56; Lecompte, *Des nouvelles pénalités et déchéances en matière de sociétés par actions*, J.S. 1936, p. 87; Escarra et Rault, t. 2, n° 960; Solus, n° 86.

³ Constantin et Gautrat, *loc. cit.*; Rousselet et Patin, *loc. cit.*

⁴ Hamel et Lagarde, t. 1, n° 626; Tchernoff (supplément), n° 56; Rousselet et Patin, n° 179; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

⁵ Rousselet et Patin, *loc. cit.*; Constantin et Gautrat, n° 239; Tchernoff (supplément), n° 58; Escarra et Rault, t. 2, n° 962.

la déclaration est inexacte, c'est-à-dire au moment où elle est reçue par le notaire ¹.

2 et 3. *Le délit de simulation de souscription et de versement et celui de publication de faits faux.*

Ces deux délits sont prévus à l'article 15, alinéas 2 et 3, de la loi de 1867 et sont punis par les peines prévues à l'article 405 du Code pénal.

Pour que ces deux délits soient réalisés et par conséquent puissent être punis, les trois éléments constitutifs suivants doivent être réalisés : a) le fait matériel de souscription ou de versement, ou de publication de faits faux; b) la volonté d'obtenir ou tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements; c) intention frauduleuse ².

a) La simulation de souscription et de versement consiste « dans une affirmation mensongère de souscription et de versements imaginaires ou sciemment inexacts effectués par des personnes fictives ou réelles dans le but d'extorquer ou de faire extorquer des souscriptions et des versements effectifs soit de la généralité du public, soit de personnes spécialement visées ³.

La publication de faits faux consiste dans « l'emploi de tous moyens quelconques de réclame : affiches, journaux, circulaires, prospectus, annonces, etc., contenant des informations ou indications mensongères ou sciemment inexacts de quelque nature que ce soit, dans le but de déterminer les tiers à souscrire » ⁴.

L'article 15 punit également tous ceux qui publient des noms fictifs comme étant ou devant être attachés à la société à un titre quelconque pour provoquer des souscriptions ou des versements.

La loi vise surtout par là les souscripteurs, apporteurs, président du conseil d'administration, administrateurs, directeur général, commissaires aux comptes, commissaires de surveillance... etc. ⁵.

¹ Constantin et Gautrat, n° 230; Rousselet et Patin, n° 180; Solus, n° 85; Escarra et Rault, t. 2, n° 962. *Contra*, Tchernoff (supplément), n° 54.

² Copper-Royer, *Traité des sociétés anonymes*, n° 216; Escarra et Rault, t. 2, n° 965.

³ Moreau, t. 1, n° 452, spécialement p. 584 et les arrêts suivants cités par le même auteur; cass. 10 juillet 1926, J.S. 1927, p. 558, 25 octobre 1934, S. 1936.1.236; Paris, 19 janvier 1933, J.S. 1933, p. 416; Rouen, 26 juillet 1912, D. 1916.2.113, et note Leloire, J.S. 1913, p. 266; cass. 26 février 1904, D. 1905.1.17 et note Le Poittevin.

⁴ Moreau, t. 1, *loc. cit.*, et les arrêts suivants cités par le même auteur; cass. 25 juin 1927, Gaz. pal. 1927.2.726; Rouen, 26 juillet 1912 précité; Caen, 6 mars 1913, rev. Caen 1913, p. 127.

⁵ Rousselet et Patin, n° 198; Moreau, t. 1, n° 452; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 853; Escarra et Rault, t. 2, n° 967.

b) En ce qui concerne le deuxième élément qui est la volonté d'obtenir ou la tentative d'obtenir des souscriptions ou des versements : le premier élément n'est pas une condition suffisante pour que l'article 15, alinéas 2 et 3, soit applicable, il faut encore que ceux qui ont fait une simulation de souscription et de versement aient agi sciemment pour obtenir ou tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements ¹.

Pour la majorité de la doctrine, les dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 15 ne sont applicables que dans le cas où les actes commis par les fondateurs ont eu des effets antérieurement à la constitution de la société ². Mais la jurisprudence prend à la lettre les termes de l'article 15 et prétend que ces dispositions sont applicables, non seulement à l'égard des faits antérieurs à la constitution de la société, mais encore à l'égard de ceux qui sont postérieurs ³.

c) En ce qui concerne le troisième élément de ce délit : *l'intention frauduleuse*. Pour que l'article 15, alinéas 2 et 3, soit applicable, il faut encore que les auteurs de ces manœuvres les aient commises de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il faut qu'il y ait eu une intention d'agir frauduleusement dans le but d'obtenir des souscriptions ou des versements ou tenter d'obtenir des souscriptions et des versements.

Les pénalités encourues pour ces délits sont les mêmes que pour le délit de déclaration notariée mensongère (art. 15).

La prescription est la prescription triennale.

4. *Le délit de majoration frauduleuse des apports en nature.*

Ce délit est prévu à l'article 15, alinéa 8, de la loi de 1867 complété par le décret-loi du 31 août 1937 qui dispose comme suit : « Ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »

Pour que cette infraction soit consommée, il faut la réalisation de trois éléments essentiels :

a) Une majoration des apports en nature : ceci est non seulement contraire à l'obligation d'une souscription intégrale du capital, mais encore à la libération intégrale des actions ⁴.

b) Emploi de manœuvres frauduleuses : Il est un principe que la loi entend faire respecter : celui de la liberté du consentement des actionnaires. Ces manœuvres frauduleuses ne sont punissables que lors-

¹ Copper Royer, n° 218; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 852; Tchernoff, n° 353; Rousselet et Patin, n° 208; Escarra et Rault, t. 2, n° 969.

² Copper Royer, *loc. cit.*; Houpin et Bosvieux, t. 1, p. 1003, notes 4 et 5; Thaller et Pic, t. 2, n° 1071; Lyon-Caen, t. 2, par Amiaud, n° 805; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.* *Contra*, Tchernoff, n° 363; Constantin et Gautraut, n° 317.

³ Paris, 28 juillet 1887, D. 1888.2.137.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, n° 981.

qu'elles ont produit un effet, c'est-à-dire abouti à une augmentation des apports. La tentative n'est pas punissable.

c) Il faut également qu'il y ait une intention frauduleuse : la mauvaise foi de l'agent est un élément constitutif de l'infraction.

Ce délit est puni par les mêmes peines qui sont applicables au délit de la déclaration notariée mensongère et les délits de simulation de souscription et de versements et de publication de faits faux.

Ce délit est prescrit par trois ans, le délai de prescription court à partir du jour où l'assemblée générale a approuvé la valeur attribuée aux apports ¹.

Deuxième sous-section

1. *Délit d'émission.*

Il est dangereux de mettre en circulation des actions avec lesquelles la société a été constituée d'une façon irrégulière. Il existe une police des titres qui complète celle qu'on applique aux formalités constitutives.

Ce délit est prévu et puni, à l'article 13 de la loi de 1867 complété par le décret-loi du 29 novembre 1939.

Ce délit comprend deux éléments constitutifs : premièrement, la société a été constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867.

Deuxièmement, l'émission d'actions ou de coupons d'actions de la société a été faite irrégulièrement.

A) *Le premier élément.*

Pour que le délit soit consommé, la loi dispose que la société a été constituée contrairement aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867.

La violation des autres prescriptions de la dite loi ne tombe pas sous le coup de l'article 13 ².

Or, la violation des dispositions des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867 peut se réaliser dans les cas suivants :

¹ Escarra et Rault, t. 2, n° 981.

² Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 799; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 845; Thaller et Pic, t. 2, n° 1057; Constantin et Gautraut, n° 245; Escarra et Rault, t. 2, n° 930; Moreau, t. 1, n° 452; Trib. com. Seine, 12 mars 1881, J.S. 1882, p. 272; Orléans, 28 avril 1887, J.S. 1888, p. 344.

- 1) La violation des dispositions de l'article premier, premier alinéa, concernant le taux minimum des actions.
- 2) La violation des dispositions de l'article premier, alinéa 2, concernant la libération partielle des actions de numéraire et la souscription intégrale du capital social.
- 3) Défaut de dépôt du projet de statuts au greffe du Tribunal de commerce du siège social (art. premier, alinéa 3).
- 4) La violation des exigences légales concernant les bulletins de souscriptions (article premier, alinéas 4 et 5).
- 5) La violation des dispositions de l'article premier, alinéa 7, concernant le dépôt des fonds provenant à la société par des souscriptions.
- 6) Le défaut ou l'irrégularité de la déclaration notariée de souscription et de versement (article premier, alinéa 9).
- 7) La violation des dispositions de l'article 2 relatif à la négociation d'actions ou de coupons d'actions.
- 8) Le défaut de libération intégrale des actions d'apport (article 3).

B) *Le deuxième élément* : Emission effective d'actions.

La loi oblige la société à effectuer une émission d'actions¹ et ceci par la création matérielle de titres et par la remise effective de ces titres aux actionnaires². Le fait de remettre aux actionnaires des récépissés ne constitue pas une émission d'actions. Ces récépissés provisoires ne sont pas des actions véritables³. Il en est de même si ces récépissés sont au porteur⁴. Il en est autrement si ce sont des certificats nominatifs négociables qui doivent être échangés après leur libération et complétés contre des titres définitifs⁵. L'action pénale peut être exercée sans qu'elle soit subordonnée à l'annulation préalable de la société⁶. Mais

¹ Cass., 26 octobre 1905, D. 1907.1.416, note Le Poittevin, 10 juillet 1926, D.H. 1926, p. 534, J.S. 1927, p. 558.

² Tchernoff, n° 197; Constantin et Gautraut, n° 244; Moreau, t. 1, n° 452; Escarra et Rault, t. 2, n° 931; Copper Royer, n° 178; Cass., 10 juillet 1926 précité; 3 janvier 1930, J.S. 1930, p. 275; Orléans, 28 avril 1887, J.S. 1888, p. 344; Paris, 19 janvier 1933, J.S. 1933, p. 416; Trib. com. Seine, 2 janvier 1926, D.H. 1926, p. 109.

³ Cass., 10 juillet 1926, J.S. 1927, p. 558, D.H. 1926, p. 534; Trib. com. Seine, 4 juin 1912, J.S. 1913, p. 458; Tchernoff, n° 200; Thaller et Pic, t. 2, n° 1057; Copper Royer, n° 178; Constantin et Gautraut, n° 246; Rousselet et Patin, n° 113; Moreau, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, n° 931; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 845.

⁴ Tchernoff, n° 200; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Moreau, t. 1, *loc. cit.*; Cass., 8 février 1861, S. 1861.1.668.

⁵ Houpin et Bosvieux, t. 1, *loc. cit.*; Moreau, t. 1, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Rousselet et Patin, n° 114; Constantin et Gautraut, *loc. cit.*; Trib. com. Seine, 2 janvier 1926, J.S. 1927, p. 167.

⁶ Rousselet et Patin, n° 130; Escarra et Rault, t. 2, n° 930.

aux yeux de Valery ⁶, ladite action ne peut être intentée sans l'annulation préalable de la société. Cet avis est resté isolé dans le champ de la doctrine et de la jurisprudence et selon les justes observations de Rousselet et Patin « on ne saurait concevoir, en effet, que la répression d'agissements contraires à l'ordre public soit subordonnée à des actions dépendant à un intérêt strictement privé ».

L'intention frauduleuse n'est pas un élément nécessaire pour que ledit délit se trouve consommé.

Or, c'est un délit purement matériel ¹, car par la réalisation des deux éléments que nous venons de voir, le délit se trouve commis.

Qu'en est-il du cas où les irrégularités de constitution viennent d'être réparées ? L'action pénale peut-elle être exercée malgré la réparation de ces irrégularités ?

Si les irrégularités de constitution sont réparées avant l'émission matérielle des actions, l'action pénale sera éteinte ², mais si la réparation venait à être faite après l'émission matérielle des actions, cette réparation serait sans influence sur l'action pénale ³.

Ce délit engage la responsabilité des fondateurs et des administrateurs exerçant leur fonction au moment de l'émission ⁴.

Ce délit, comme ceux dont nous avons parlé, rentre dans la compétence du Tribunal correctionnel.

La pénalité, disposée par l'article 13, est une amende de 120 000 à 2 400 000 francs.

La prescription est de trois ans, le délai court du jour de l'émission ⁶.

¹ Valery, *Revue des sociétés* 1925, p. 217.

² Rousselet et Patin, n° 116; Moreau, t. 1, n° 452; Lyon-Caen et Renault, t. 2, par Amiaud, n° 801; Tchernoff, n° 174; Thaller et Pic, t. 2, n° 1059; Escarra et Rault, t. 2, n° 933; Copper Royer, n° 196; *Crim.*, 12 décembre 1925, D.H. 1926, p. 37, J.S. 1926, p. 463; Douai, 18 avril 1929, J.S. 1931, p. 284; Paris, 2 février 1914, J.S. 1915, p. 167; Amiens, 19 juillet 1934; *Rev. trim. soc.* 1937, p. 36.

³ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 858; Tchernoff, n° 207; Rousselet et Patin, n° 110; Constantin et Gautraut, n° 250; Escarra et Rault, t. 2, n° 937; Cass., 12 décembre 1925 précité; Paris, 16 novembre 1905, J.S. 1906, p. 167; 19 janvier 1933, J.S. 1933, p. 416.

⁴ Mêmes auteurs; Cass., 12 décembre 1925 précité; 2 mars 1925, D.H. 1925, p. 219; Paris, 16 novembre 1905 précité; Nîmes, 20 mars 1903, J.S. 1903, p. 495; Rouen, 26 juillet 1912, J.S. 1913, p. 266.

⁵ *Crim.*, 31 janvier 1930, D. 1932.1.163; Paris, 22 décembre 1905, D. 1905.2.152.

⁶ Rousselet eu Patin, n° 127; Constantin et Gautraut, n° 256; Copper Royer, n° 199; Escarra et Rault, t. 2, n° 936; Tchernoff, n° 196; *Trib. com. Seine*, 20 septembre 1884; *rev. soc.* 1884, p. 688.

2. Délit de négociation.

Ce délit est prévu à l'article 14 de la loi de 1867 (complété par l'ordonnance du 18 octobre 1945).

L'article 14 de la loi de 1867 mentionne trois faits connexes qui constituent en quelque sorte chacune des infractions :

- a) la négociation irrégulière;
- b) la participation à une telle négociation;
- c) la publication de la valeur des actions irrégulières.

a) *La négociation irrégulière.*

Elle constitue, au sens de l'article 14, un délit qui est consommé par la réalisation des trois conditions ci-après :

- 1) Il doit y avoir eut une négociation.
- 2) La négociation doit porter sur des actions, des coupures d'actions ou des promesses d'actions.
- 3) La société émettrice doit avoir été constituée contrairement aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867.

1) *La négociation*¹ : Il est admis par la jurisprudence et dans la doctrine qu'on doit entendre par négociation, prévue à l'article 14, tout transfert de propriété opéré soit par voie de transfert s'il s'agit d'actions nominatives, soit par voie de tradition manuelle s'il s'agit d'actions au porteur. Les transmissions réalisées par les modes du droit civil ne rentrent pas dans la sphère de l'application de l'article 14².

2) *Cette négociation doit porter sur des actions, des coupures d'actions ou des promesses d'actions :*

Or, l'article 14 ne prévoit que la négociation qui porte sur des actions, des coupures d'actions ou des promesses d'actions. La négociation d'obligations irrégulière ne rentre pas dans le champ d'application dudit article³. Il en est de même en ce qui concerne les parts de fondateurs. Elles sont exclues de l'article 14 et surtout depuis la loi du 23 janvier 1929 qui qualifie la part du fondateur comme un droit de créance

¹ Pour le développement du mot négociation, voir Rousselet et Patin, n° 148 s; Thaller et Pic, t. 2, n° 1061; Constantin et Gautraut, n° 261 s; Escarra et Rault, t. 2, n° 941.

² Thaller et Pic, t. 2, n° 1061; Constantin et Gautraut, n° 260; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 848; Rousselet et Patin, n° 149; Tchernoff, n° 245; Escarra et Rault, t. 2, n° 941; Hamel et Lagarde, t. 1, n° 928; Cass., 10 juillet 1926, D.H. 1926, p. 534, J.S. 1927, p. 92, 20 octobre 1934, D.H. 1934, p. 574, J.S. 1936, p. 629; Trib. com. Seine, 11 juillet 1933, J.S. 1933, p. 694; Paris, 23 janvier 1935, J.S. 1935, p. 566.

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 1062; Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 848; Constantin et Gautraut, n° 265; Escarra et Rault, t. 2, n° 492.

contre la société et ne confère pas à son porteur la qualité d'associé ¹. Quand au droit préférentiel de souscription prévu dans le décret-loi du 8 août 1935 au profit des anciens actionnaires détachés d'une action irrégulière, rentre-t-il dans la sphère d'application de l'article 14 ?

D'après Tchernoff ², l'affirmative s'impose, car les irrégularités de l'action rendraient impossible la négociation elle-même. En effet, le droit préférentiel de souscription n'est qu'un démembrement de l'ancienne action. Certains auteurs sont de l'avis contraire ³. Pour eux, le droit préférentiel de souscription est bien une partie d'action mais possède une nature toute différente de celle-ci : l'action est une part d'associé, elle représente une quote-part du capital social. Il en est autrement du droit préférentiel de souscription, celui-ci permet à son titulaire l'exercice du droit de souscription des actions qui ont été créées lors d'une augmentation du capital social.

3) *La société doit avoir été constituée en violation des dispositions des articles premier, 2 et 3 de la loi de 1867* qui concernent la valeur, les formes d'actions et le versement légal sur chaque action.

B) *La participation à une négociation irrégulière.*

Les pénalités disposées à l'article 14 ne concernent pas seulement les principaux auteurs de la négociation irrégulière, mais également tous ceux qui y ont participé ⁴, qui sont les intermédiaires: agents de change, banquiers, coulissiers ⁵ et également les administrateurs qui ont autorisé ou signé le transfert ⁶.

Or, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 14, tous ceux qui participent à la négociation irrégulière seront punis comme auteurs principaux et non comme complices.

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, *loc. cit.*; Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Constantin et Gautraut, *loc. cit.*; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*

² Tchernoff, n° 239.

³ Constantin et Gautraut, n° 268; Escarra et Rault, t. 2, n° 942.

⁴ Thaller et Pic, t. 2, n° 1065; Escarra et Rault, t. 2, n° 948.

⁵ Thaller et Pic, t. 2, *loc. cit.*; Constantin et Gautraut, n° 281; Escarra et Rault, t. 2, *loc. cit.*; Cass., 3 juin 1885, S. 1885.1.259, 6 juin 1885, S. 1887.1.284; Paris, 9 juillet 1883, rev. soc. 1883, p. 592.

⁶ Mêmes auteurs; Cass., 6 juin 1885 précité; Paris, 28 décembre 1886, S. 1888.2.237; Amiens, 15 mars 1888, rev. soc. 1888, p. 428.

C) *La publication de la valeur des actions irrégulières.*

Comme nous l'avons dit plus haut, ce délit est prévu à l'article 14, troisième alinéa, qui traite de la publication de la valeur des actions ou promesses d'actions, à moins qu'il ne s'agisse d'actions à créer à l'occasion d'une augmentation de capital dans une société dont les actions anciennes sont déjà inscrites à la cote (art. 2, al. 2).

Ce délit prévoit une publication par voie d'affiches, prospectus, circulaires ou notes dans la presse invitant le public à souscrire des titres irréguliers ¹, et que cette publication porte sur la valeur des actions ou des promesses d'actions.

L'élément intentionnel dans le délit de négociation d'action :

Quant à l'intention dolosive, est-elle une condition nécessaire pour que le délit soit consommé ? Certains tribunaux répondent par la négative ². Ils caractérisent le délit de négociation comme un délit matériel et le délit se trouve consommé par la réunion des conditions matérielles que nous venons d'analyser.

Cependant, d'une manière générale, les auteurs et la jurisprudence ³ évitent d'interpréter ce délit aussi sévèrement. Ils estiment que si l'intention dolosive ne constitue pas un élément caractéristique du délit de l'article 14, il faut en tout cas que des négligences coupables ressortent nettement de la clause et à la charge des négociateurs. Il est évident que la responsabilité pénale de l'article 14 a pour base la faute.

La prescription de l'action pénale est la prescription triennale (trois ans). Le délai court à compter du jour de la négociation, si c'est une action nominative c'est le jour du transfert sur le Registre de la société et s'il s'agit d'actions au porteur, le délai court à partir de la tradition manuelle ⁴.

En ce qui concerne le délit de la publication, le délai court à partir du jour de la publication ⁵.

¹ Houpin et Bosvieux, t. 1, n° 848; Thaller et Pic, t. 2, n° 1066; Rousselet et Patin, n° 172 s; Constantin et Gautraut, n° 284; Escarra et Rault, t. 2, n° 955.

² Cass., 11 août 1859, D. 1859.1.472; Trib. civ. Lyon, 31 janvier 1885, J.S. 1885, p. 193; Seine, 14 février 1914, J.S. 1913, p. 450.

³ Thaller et Pic, t. 2, n° 1067; Rousselet et Patin, n° 167; Escarra et Rault, t. 2, n° 949; Cass., 3 juin 1885, S. 1885.1.259; Paris, 23 décembre 1905, D. 1907.2.152; Cass., 25 octobre 1934, J.S. 1936, p. 629; Seine, 14 février 1913, J.S. 1913, p. 450.

⁴ Escarra et Rault, t. 2, n° 952; Constantin et Gautraut, n° 282; Rousselet et Patin, n° 170; Copper Royer, n° 213.

⁵ Escarra et Rault, t. 2, n° 957; Constantin et Gautraut, n° 288; Rousselet et Patin, n° 173; Copper Royer, *loc. cit.*

CONCLUSION

A la lumière de notre étude nous pouvons constater que depuis la promulgation du décret-loi du 31 août 1937, les modalités de la « Souscription des actions » dans les sociétés anonymes ont été sensiblement modifiées. Les innovations assurent une plus grande sécurité aux créanciers de la société anonyme.

Le décret-loi de 1937 a tout d'abord modifié la rédaction des statuts. Les souscripteurs sont mieux informés et peuvent s'engager en pleine connaissance de cause, puisque le projet des statuts doit être déposé avant l'ouverture des souscriptions. Quant à la forme des statuts, la loi française est moins rigoureuse que certaines lois étrangères, elle permet la rédaction des statuts sous la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé. Mais les dispositions législatives ne suffisent pas, il faut encore que les responsabilités des fondateurs soient nettement définies. Bien que la loi ne définissent pas exactement les fondateurs, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour admettre que le fondateur est celui qui joue un rôle actif dans la fondation de la société. D'autre part, étant donné qu'en vertu du décret-loi du 31 août 1937 le dépôt au Greffe d'un projet des statuts doit être certifié par le fondateur, on peut dire que le fondateur doit se désigner lui-même et le public peut connaître officiellement son nom. La jurisprudence a défini la notion de fondateur en précisant que ce dernier doit non seulement contribuer d'une « manière active » à la fondation de la société, mais encore apporter sa coopération « assez directe, étroite et constante » aux véritables fondateurs de la société. La jurisprudence exclut donc les conseillers juridiques qui jouent un rôle propre à leur profession, mais elle admet, par contre, comme fondateurs responsables des personnes qui ne sont pas actionnaires. Cette interprétation très large de l'expression « fondateur » permet d'étendre la responsabilité inconnue lors de la fondation de la société et de viser d'une part le fondateur officiel — celui qui a signé le projet des statuts — d'autre part, celui qui a contribué à la fondation, mais dont le nom ne paraît pas.

Une autre garantie offerte aux créanciers des sociétés anonymes est

celle de l'article premier de la loi de 1867 qui exige que la totalité du capital social soit souscrit pour la constitution de la société anonyme. Ce principe est d'ailleurs consacré par la plupart des législations étrangères. Les souscriptions doivent être d'ailleurs sérieuses et non fictives.

Le législateur ne s'est pas contenté de cette disposition : il oblige le fondateur de la S.A. à se soumettre à des conditions de forme très strictes pour la rédaction du bulletin de souscription afin qu'aucune fraude ne puisse être commise. Depuis la loi du 30 janvier 1907 l'insertion de la « notice » dans le « bulletin des annonces légales » est obligatoire. Le décret-loi de 1937 a d'autre part rendu obligatoire le bulletin de souscription. Cette mesure a encore l'avantage de protéger le souscripteur. Il est évident que l'inobservation des prescriptions relatives au bulletin est sanctionnée sévèrement. La règle générale est la nullité de la société. Cette nullité peut cependant être couverte par des « régularisations » énoncées par la loi du 24 juillet 1867 (art. 8, rédaction du décret-loi du 30 octobre 1935).

Il n'est pas inutile de rappeler que le législateur a encore fixé, par mesure de sécurité, le nombre minimum des associés à sept. Ces sept associés n'ont pas besoin d'être les fondateurs. Pratiquement cette disposition n'a pas grand effet, car il est courant qu'une société anonyme soit ou bien composée d'un nombre d'associés inférieur à sept, ou que, sur les sept, six soient des hommes de paille. La lacune provient du fait que la loi dispose que « la dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept ». En d'autres termes, la société peut être déclarée nulle uniquement dans le cas où une partie intéressée en fait la demande. Or, s'il n'y a qu'un seul actionnaire, ce dernier n'aura aucun intérêt à demander la nullité. D'autre part, les créanciers n'ont point intérêt à demander cette nullité, que la société soit prospère ou non.

Nous avons vu que le placement des titres est également soumis à des dispositions légales très strictes. Le prospectus doit contenir toutes les mentions nécessaires à l'information de l'acquéreur. Le colportage, c'est-à-dire, la vente de valeurs mobilières au domicile privé est strictement interdit. Le démarchage fait l'objet d'une loi spéciale (décret-loi du 30 octobre 1935). Le rôle des banques dans la souscription d'actions est de plus en plus courant. Cela provient du fait que la souscription d'actions comporte des risques d'autant plus grands que les capitaux engagés sont importants. Ces risques peuvent être mieux répartis et supportés par des unions de banques appelées syndicats d'émission qui sont doués d'une organisation remarquable. Ces syndicats sont absolument licites, mais

sont soumis à une responsabilité très étendue. Il est évident que les fraudes se produisent en général lorsque les fondateurs souscrivent réellement ou fictivement les actions et créent pour ce faire des syndicats pour les écouler. Pour éviter de telles infractions la loi de 1867 sanctionne même de la peine d'emprisonnement l'émission et la négociation d'actions d'une société irrégulière. Le syndicat encourt donc même une responsabilité générale. Ces mesures permettent encore de garantir une certaine sécurité aux acquéreurs d'actions, cela d'autant plus que le syndicat qui est condamné pénalement pour fraude est également condamné à indemniser les tiers lésés, l'action civile étant recevable devant les tribunaux pénaux.

Les fondateurs ne sont pas seuls à être soumis à des obligations, il est évident que les souscripteurs, en plus du versement du montant de la souscription, sont liés par le simple fait de l'apposition de leur signature sur le bulletin de souscription. Ils n'ont pas la possibilité de se rétracter. La question de la durée de l'engagement du souscripteur a été définitivement tranchée par le décret-loi de 1937 qui l'a fixé à six mois si la société n'a pas pu se constituer dans ce délai.

Le décret-loi de 1937 a encore apporté une innovation qui offre une garantie certaine, alors qu'avant la promulgation de ce décret il n'existait aucune preuve du contrat de souscription, depuis 1937 la loi exige que le contrat de souscription soit signé du souscripteur ou de son mandataire. Cette déclaration se fait sous la forme d'un acte notarié qui doit avoir lieu une fois le capital social intégralement souscrit et les versements du quart ou les versements statutaires effectués. Ce n'était pas le cas avant l'ancienne réglementation. Nous voyons par là quel est le rôle important joué par le notaire qui ne joue plus un rôle passif, mais qui contrôle si toutes les conditions sont remplies et endosse ainsi une lourde responsabilité.

Le législateur a également soumis la société anonyme au principe de la publicité, la justification existe dans le fait que le tiers doit être au courant de l'activité de la société qui devient une personnalité juridique. L'inobservation des formalités de dépôt et de publicité entraîne la nullité de la société.

Les sanctions des règles de constitution et la rigueur avec laquelle le droit français sanctionne de nullité l'inobservation des formalités de constitution est une arme à deux tranchants. Bien qu'il soit nécessaire pour la sécurité du droit et des affaires de prévoir la nullité, il peut arriver que des fondateurs de bonne foi se voient opposer la nullité et qu'une société saine et sérieuse risque aussi de supporter les frais de ce système. Le système français est par conséquent très sévère par rapport

aux résultats obtenus, car cela n'a pas diminué le nombre des sociétés frauduleuses.

La garantie la plus efficace offerte aux créanciers de la société est certainement le principe de la responsabilité civile des fondateurs et des administrateurs. Cette responsabilité est basée aussi bien sur la responsabilité contractuelle que délictuelle. Les législateurs offrent le choix de deux actions en responsabilité : l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société et la responsabilité fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives. Ces deux actions ont ceci de différent que l'action fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives est tout à fait indépendante de l'annulation de la société. D'autre part, la prescription n'est pas la même pour les deux actions : la prescription de l'action fondée sur l'annulation de la société est de trente ans, tandis que celle de l'action fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives est de trois ans dès le jour où la nullité est en cause.

Mais la responsabilité ne constituant pas une action suffisante, le législateur a prévu des peines contre la violation de mauvaise foi de certaines règles constitutives.

L'ensemble de ces dispositions représente une certaine garantie à l'égard des tiers qui s'intéressent à la souscription des actions d'une société anonyme.

Mais comme nous l'avons dit dans notre introduction, il est regrettable que toutes les lois et décrets-lois qui forment la législation en matière de sociétés n'ont pas été codifiés jusqu'à l'heure actuelle, et une commission a été formée à cette fin qui se nomme « commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés » et qui prépare le projet qui doit être soumis à l'assemblée nationale. Espérons que le nouveau code une fois voté et promulgué comblera les lacunes existantes dans ces divers lois et décrets-lois concernant les sociétés.

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU : *Cours de droit civil* 1897.

BOSVIEUX, H. : *De la capacité des notaires d'instrumenter les sociétés dont ils font partie*, J.S. 1910.

- *Les nouvelles règles relatives à la constitution et à l'augmentation du capital des sociétés par actions*, J.S. 1938.
- *Nullité des sociétés anonymes, erreur de droit, responsabilité des fondateurs*, J.S. 1910, p. 373.
- *La nouvelle loi du 4 mars 1943 sur les sociétés par actions*, J.S. 1943.
- *Des modifications au régime de la nullité et de la responsabilité dans les sociétés par actions*, J.S. 1936, p. 449 s.
- *Les règles relatives à la publicité des sociétés commerciales*, J.S. 1936, p. 513.
- *Note sous Paris*, 26 février 1937, J.S. 1937, p. 670-674.

BASTIAN : *La réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'une seule personne*, J.S. 1933.

BAUDANT, Ch. : *Note sous civile*, 8 mai 1867, D. 1867.1.193.

BENOIT : *Note sous cassation*, 17 juillet 1885, D. 1886.1.273.

BARTHAS, P. : *La nouvelle publicité des sociétés commerciales*, Thèse Toulouse 1936.

BUCHÈRE, A. : *Annales de droit commercial*, 1888, 2^e partie, p. 157 ss.

CARRY, P. : *L'action de quote-part*, article présenté à l'occasion de la revision du Code des obligations suisse, Genève, Semaine Judiciaire, 1929, n° 12.

- *Les principales réformes du Code des obligations suisse révisé dans le droit des sociétés*, journées d'études bancaires, Genève 1937, p. 63-88.

CHARRON, A. : *Journal des notaires*, 1937, p. 214.

CHÉRON, A. : *Note*, D. 1930.1.9.

CONSEIL, M. : *La souscription et le versement dans les sociétés par actions*, Thèse Paris 1939.

CONSTANTIN, L. et GAUTRAUT, A. : *Traité de droit pénal en matière des sociétés*, 1937.

COPPER ROYER : *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 1925.

- *Traité des sociétés*, 1938.
- *Revue spéciale de doctrine et de jurisprudence concernant les sociétés*, 1936.

CORDONNIER : *Note sous req.*, 7 janvier 1930, D. 1932.1.191.

- *Note sous cass.*, 29 décembre 1931, D. 1932.1.41.

- DALSACE, A. : *Manuel des sociétés anonymes*, Paris 1955.
- DEYZAC, F. : *Journal des notaires*, 1937, p. 578 ss.
- DUROUDIER, R. et KUHLEWEIN, R. : *La loi allemande sur les sociétés par actions*, 1937.
- ESCARRA, J. : *Principe du droit commercial*, 1934.
- *Manuel de droit commercial*, 1937.
 - *Some points of comparison between the companies act 1948 and the French law of companies*, *the Cambridge law journal*, 1951, n° 1.
- ESCARRA, J. et E. et RAULT, J. : *Traité théorique et pratique du droit commercial, les sociétés commerciales*, 1951.
- GARÇON : *Code pénal annoté*.
- GRIOLET : *Note sous cass.*, 9 juin 1891, D. 1892.1.361.
- GUÉNÉE, L. : *Note sous cass.*, rejet, 10 avril 1889, D. 1890.1.305.
- GUHL, Th. : *Le droit fédéral des obligations*, 1947.
- HAMEL, J. : *Cours du droit commercial*, Paris 1955.
- *Note*, D. 1931.1.97.
- HAMEL, J. et LAGARDE, G. : *Traité de droit commercial*, 1954.
- HÉMARD, J. : *Théorie et pratique des nullités de sociétés, et de société de fait*, 1926, 2° édition.
- HOLTZ, L. : *Les fondateurs d'une société anonyme d'après la loi et de la jurisprudence*, *Gazette des Sociétés*, 1912.
- HORNBY : *La réforme du droit des sociétés en Grande-Bretagne*, *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 13.
- HOUPIN, H. : *Note sous crim.*, 15 mai 1936, D.H. 1936, p. 430.
- HOUPIN, C. et BOSVIEUX, H. : *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 6° éd., 3 volumes, 1929.
- HOURTOUTLE, J. : *La souscription d'actions*, Thèse Bordeaux 1942.
- LABBÉ : *Note*, S. 1881.1.57.
- *Note sous cass.*, 6 janvier 1886 et S. 1886.1.241.
- LACOUR, L. et BOUTRON, J. : *Précis de droit commercial*, Paris 1925, 3° édition, supplément par L. JULLIOT de la Morandière, 1933.
- LAGARDE, G. : *Note*, S. 1931.1.305.
- *Note*, S. 1929.1.129.
 - *L'action sans valeur nominale*, *Travaux de l'Université de Rennes* 1922, p. 219.
- LECOMPTE, H. : *Note sous civ.*, 23 juillet 1935, J.S. 1936, p. 544.
- *Des nouvelles pénalités et déchéances en matière de sociétés par actions*, J.S.1936, p. 87.
 - *Le colportage*, J.S. 1938, p. 641.
- LECOUTURIER : *Note sous Paris*, 2 janvier 1906.
- LELOIRE : *Note sous Rouen*, 26 juillet 1912, D. 1916.
- LEPARGNEUR, H. : *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*.

- LE POITTEVIN : *Note sous crim.*, 14 janvier 1905, D. 1906.1.29.
 — *Note sous cass.*, 26 février 1904, D. 1905.1.17.
- LE ROY, Y. : *Les syndicats d'émission*, Thèse Paris 1914.
- LESCOT, P. : *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, Thèse Dijon 1913.
 — *Note sous req.*, 7 janvier 1930, S. 1031.1.25.
- LEVILLAIN, C. : *Note sous Paris*, 31 janvier 1908, D. 1909.2.257.
- LUCIEN-LIÈVRE, R. : *La protection des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Thèse Paris 1939.
- LYON-CAEN, Ch. : *Note sous civ.*, 5 mai 1913, S. 1915.1.65.
 — *Note sous cass.*, 21 octobre 1916, S. 1916.1.145.
- LYON-CAEN, Ch., et RENAULT, L., par AMIAUD, A. : *Traité de droit commercial*, 5^e éd., 1929-1936.
- MAZEAUD, L. : *Les effets de l'interdiction des participations réciproques sur les acquisitions, souscriptions et distributions d'actions*, J.S., p. 81 ss.
- MAZEAUD, H. et L. : *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 4^e édition, t. I.
- MOREAU, A. : *La Société anonyme, traité pratique*, 2^e éd., Paris 1955.
- MOURET : *Responsabilité des fondateurs et des administrateurs des sociétés par actions*, 1907.
- PALMADE : *Note sous cass.*, 26 juin 1912, D. 1914.2.161.
- PERCEROU, J. : *Les fondateurs de sociétés anonymes*, Thèse Dijon 1896.
 — *L'exemplaire du bulletin sur papier libre à remettre aux souscripteurs*, Annales du droit commercial, 1939, p. 5.
 — *Note sous civ.*, 15 novembre 1910, D. 1912.1.97.
 — *Note sous req.*, 22 octobre 1906, S. 1909.1.521.
 — *Note sous D.* 1905.2.193.
- PERROUD : *Les actions industrielles*, Revue des Sociétés 1922, p. 189 ss.
- PIC, P. : *L'absence de raison sociale dans les sociétés anonymes*, J.S. 1911.
 — *Note sous Bordeaux*, 20 juillet 1931, D. 1933.2.129.
 — *Note sous Paris*, 4 novembre 1932, D. 1934.2.118.
 — *De la simulation dans les actes juridiques et particulièrement dans le droit des sociétés*, D.H. 1935, Chronique.
 — *Note sous Paris*, 9 décembre 1932, D. 1934.2.19.
- PLAISANT, R. : *Revue trimestrielle de droit commercial*, avril-juin 1954.
- RIPERT, G. : *Traité élémentaire de droit commercial*, 1951.
- RONAST, A. : *La publicité frauduleuse en droit pénal*, Paris 1912.
- ROUSSEAU, R. : *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 5^e éd., 1921 et le supplément 1928.
 — *Note sous Le Havre*, 18 mars 1930, J.S. 1931, p. 579.
- ROUSSELET, M. et PATIN, M. : *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, 1938.
- SAVATIER, R. : *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., t. I, 1939.

- SOLUS, H. : *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937.*
- STEIGER, V. : *Le droit des sociétés anonymes en Suisse.*
- TCHERNOFF, J. : *D.H. 1938*, chronique p. 5 ss sur la responsabilité des fondateurs.
- THALLER, E. : *Note sous civ.*, 7 novembre 1899, D. 1900.1.369.
- *Note sous D.* 1905.2.409.
 - *Note sous req.*, 22 octobre 1906, D. 1908.1.193.
 - *Rapport au Congrès juridique international des sociétés par actions de Bruxelles de 1910*, t. 2, p. 9.
 - *Note sous req.*, 5 juillet 1900, D. 1902.1.89.
 - *Note sous cass.*, 17 janvier 1905, D. 1906.1.169.
- THALLER, E. et PERCEROU, J. : *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., 1931.
- THALLER, E., et PIC, P. par KREHER, J. : *Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales*, 3^e éd., t. I, 1940, et t. 2, 1948.
- THIBAUT-LAURENT : *De la nature juridique de la souscription d'une société anonyme*, *Revue générale de droit commercial*, 1942, p. 261.
- VANDAMME, Jeanne : *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, Thèse Paris 1928.
- WAHL, A. : *Augmentation du capital (précis théorique et pratique de droit commercial)*, 1922.
- *Note sous civ.*, 7 novembre 1899, S. 1901.1.513.
 - *Note sous civ.*, 7 novembre 1899, S. 1911.1.5.
 - *Note sous crim.*, 14 janvier 1905, S. 1907.1.529.
 - *Note sous S.* 1906.2.1.
 - *Note sous Rennes*, 23 mars 1909, S. 1910.2.65.
 - *Note sous Paris*, 8 avril 1911, S. 1912.2.233.
 - *Note sous Lyon*, 6 mars 1912, S. 1913.2.129.
 - *Note sous S.* 1914.2.130, colonne 3.
 - *La réparation du vice de constitution résultant du défaut de souscription intégrale*, J.S. 1931.
- YVERNES, F. : *Rôle et responsabilité du notaire en matière de sociétés par actions*, Thèse Toulouse 1935.

TABLE DES MATIÈRES

Abréviations	8
Introduction	9
Chapitre premier : <i>La période préparatoire à toute souscription</i> .	13
Section 1 : Les statuts	13
A. Rédaction et dépôt du projet des statuts	13
B. Forme des statuts	16
C. Le but de cette formalité	20
D. Conséquence de la rédaction des statuts	20
Section 2 : La notion de fondateur	21
A. Qui peut être fondateur ?	21
B. Qu'est-ce qu'au juste qu'un fondateur ?	22
C. Son rôle dans la souscription	29
Chapitre II : <i>La souscription du capital social</i>	30
Section 1 : Le principe de la souscription intégrale du capital social	30
1. Conditions de forme	32
a) Le bulletin de souscription	32
b) La forme du bulletin de souscription	33
c) Les mentions que doivent contenir les bulletins de souscription	34
d) Sanction de l'inobservation des prescriptions relatives au bulletin de souscription	38
2. Conditions de fond	38
A. Nombre minimum de 7 associés	38
B. Le capital social doit être intégralement souscrit	43
C. Les souscriptions doivent être sérieuses et non fictives	51
D. Les souscriptions doivent être fermes et irrévocables	54

Section 2 : La capacité du souscripteur et de son consentement	56
1. La capacité du souscripteur	57
2. Le consentement du souscripteur	60
Chapitre III : <i>Le placement des titres</i>	62
Section 1 : Les modalités de placement	62
A. Les prospectus de placement	62
B. L'interdiction du colportage	64
C. Le démarchage	64
Section 2 : Les différents rôles des banques dans la souscription	65
A. Les rôles des banques dans la souscription	65
B. Différents rôles joués par les syndicats financiers	66
C. Caractère licite du syndicat d'émission	67
D. La nature juridique du syndicat d'émission	67
E. La commission de la banque	68
F. La responsabilité du syndicat	70
Chapitre IV : <i>La nature juridique et le caractère commercial de la souscription</i>	73
Section 1 : La nature juridique de la souscription	73
Section 2 : Le caractère commercial de la souscription	78
Chapitre V : <i>Le résultat et la preuve de la souscription</i>	82
Section 1 : Les différents résultats possibles d'une souscription	82
Section 2 : La preuve de la souscription	85
Chapitre VI : <i>La déclaration notariée de souscription et de versement</i>	87
Section 1 : La déclaration notariée	89
Section 2 : Le rôle du notaire	92
Section 3 : La responsabilité du notaire	96

Chapitre VII : <i>La publicité légale</i>	99
Section 1 : Les différentes formes de publicité	101
Section 2 : Défaut de publication ou publication incomplète	106
Chapitre VIII : <i>La sanction des règles de constitution et spécialement les règles concernant la souscription</i>	109
Section 1 : La nullité de la société résultant de la violation de prescriptions concernant la souscription	109
— Vice de constitution provenant de la violation des dispositions concernant la souscription	110
A. Vices de formes	110
B. Vices de fonds	111
— Des fins de non recevoir contre l'action en nullité	113
1. La réparation de cause de nullité	115
2. La prescription	123
— Critique du système de nullité de constitution de société dans la loi française	124
1. Système préventif	125
2. Système de la responsabilité des fondateurs et des administrateurs	128
Section 2 : La responsabilité civile	129
Première sous-section : L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société	130
Deuxième sous-section : L'action en responsabilité fondée sur l'inobservation d'une des règles constitutives	138
Section 3 : La responsabilité pénale	139
Première sous-section : Délits de l'article 15 de la loi de 1867	140
Deuxième sous-section	144
1. Délit d'émission	144
2. Délit de négociation	147
Conclusion	151
Bibliographie	155

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
AOÛT MIL NEUF CENT
CINQUANTE-HUIT SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
H. JAUNIN S. A., LAUSANNE

